

Tesi di Laurea in Giurisprudenza

IL REATO DI CLANDESTINITÁ

DI

ALEXA BUGGIO

## INDICE

<b>INTRODUZIONE: AMBITO DI RICERCA E OBIETTIVI DELLA TESI .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPITOLO PRIMO - UN APPROCCIO ECLETTICO: LA RISPONDENZA TRA EVOLUZIONE DELLA STRUTTURA ECONOMICA DEL PAESE E CONTESTUALE CAMBIAMENTO DELLA POLITICA LEGISLATIVA IN FUNZIONE DEL FENOMENO MIGRATORIO. ....</b>	<b>7</b>
<b>§ I.1 La prima fase: l'Italia come Paese di emigrazione e conseguente regolazione.....</b>	<b>7</b>
§ I.1.1 <i>Il sostrato sociale dell'Italia tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.....</i>	<i>7</i>
§ I.1.2 <i>La conseguente regolazione del fenomeno migratorio nel primo centenario dell'Unità d'Italia..</i>	<i>8</i>
<b>§ I.2 La seconda fase: l'Italia come meta di immigrazione e conseguente risposta normativa....</b>	<b>9</b>
§ I.2.1 <i>Il continente europeo come meta di immigrazione: l'Italia all'interno dell'azione regolamentare e amministrativa dell'Unione Europea .....</i>	<i>10</i>
§ I.2.2. <i>Il fenomeno migratorio nella legislazione italiana.....</i>	<i>15</i>
§ I.2.3 <i>La legge Martelli .....</i>	<i>15</i>
§ I.2.4 <i>L'intensificarsi del fenomeno migratorio e delle questioni di pubblica sicurezza: la conseguente risposta normativa nella legge Bossi-Fini.....</i>	<i>17</i>
§ I.2.5 <i>Il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero .....</i>	<i>25</i>
§ I.2.6 <i>Il cd. "pacchetto sicurezza": il D.L. n. 92/2008 e la Legge n. 94/2009 .....</i>	<i>27</i>
<b>CAPITOLO SECONDO: L'AGGRAVANTE DI CLANDESTINITÀ .....</b>	<b>31</b>
<b>§ I L'aggravante di 'clandestinità': la norma incriminatrice e la sua natura.....</b>	<b>31</b>
<b>§ II Le critiche alla norma in sede di discussione parlamentare.....</b>	<b>33</b>
<b>§ III Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione : questioni aperte .....</b>	<b>43</b>
§ III.1 <i>La questione dell'aggravante nel tempo.....</i>	<i>44</i>
§ III.2 <i>L'aggravante di clandestinità e la questione dei minori.....</i>	<i>45</i>
§ III.3 <i>L'aggravante di clandestinità e il ne bis in idem sostanziale:.....</i>	<i>46</i>
§ III.4 <i>Il profilo soggettivo del reato. ....</i>	<i>50</i>
§ III.5 <i>Gli effetti dell'aggravante sul piano sanzionatorio .....</i>	<i>51</i>
§ III.6 <i>Il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.....</i>	<i>53</i>
<b>§ IV Aggravante di clandestinità: problematiche di carattere sistematico - affinità dell'art 11 con: l'"abuso di ospitalità", la minorata difesa, la latitanza, la recidiva.....</b>	<b>60</b>
<b>§ V Conclusioni .....</b>	<b>66</b>
<b>CAPITOLO TERZO: LA CONTRAVVENZIONE DI "IMMIGRAZIONE ILLEGALE" .</b>	<b>67</b>
<b>§ I La norma, il bene tutelato, la finalità di incriminazione, le condotte incriminate .....</b>	<b>67</b>
§ I.1 <i>L'ingresso illegale .....</i>	<i>68</i>
§ I.2 <i>Il trattenimento illegale dello straniero .....</i>	<i>69</i>
<b>§ II L'ingresso legale in Italia e le norme in materia di soggiorno.....</b>	<b>70</b>

§ III L'ingresso illegale .....	84
§ III.1 <i>La disciplina amministrativa</i> .....	84
§ III.2 <i>La disciplina penalistica e la svolta securitaria in materia di ingresso illegale dello straniero.</i>	88
§ IV Il procedimento di cui agli artt. 20 bis e 20 ter del decreto legislativo n.274/2000.....	93
§ V Conclusioni: il reato di immigrazione clandestina e le sfide del multiculturalismo .....	99
<b>CAPITOLO QUARTO: LA DISCIPLINA PENALISTICA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE ALLA PROVA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE E COMUNITARIO. ....</b>	<b>102</b>
§ I Profili di costituzionalità. ....	102
§ I.1 <i>La sentenza 249 del 2010 della Corte Costituzionale</i> .....	103
§ I.2 <i>La Sentenza 250 del 2010 della Corte Costituzionale</i> .....	109
§ II Il rapporto tra diritto nazionale e direttive comunitarie. ....	122
<b>CONCLUSIONI: VERSO UN NUOVO BILANCIAMENTO D'INTERESSI .....</b>	<b>133</b>

## INTRODUZIONE: AMBITO DI RICERCA E OBIETTIVI DELLA TESI

La presente tesi mira a collocarsi al punto di incontro tra la realtà sostanziale e la sua disciplina giuridica, cercando di comprendere come la prima risuoni nella seconda.

La materia migratoria è stata oggetto, forse più di ogni altra, di un forte dibattito pubblico tratteggiato dalla netta contrapposizione tra un approccio incentrato sulla tutela dell'individuo ed uno basato sulle esigenze securitarie dello Stato.

Numerosi interventi normativi ispirati alle più diverse esigenze scaturenti dal fenomeno migratorio hanno creato un microcosmo normativo dove si staglia bene la dicotomia individuo/società.

In questo senso l'analisi dell'evoluzione della normativa penale in materia migratoria e della legislazione amministrativa ad essa connessa costituisce il punto di vista privilegiato per comprendere il mutamento dei rapporti tra essere umano e istituzioni nell'epoca contemporanea.

La presente tesi identifica l'aggravante della clandestinità e la contravvenzione di immigrazione illegale come dei punti di arrivo di un tormentato dibattito pubblico e come tale espressione della percezione corrente del modo di affrontare i problemi in sede normativa.

L'assioma alla base della presente ricerca è che l'aggravante della clandestinità e la contravvenzione di immigrazione illegale siano il punto di arrivo di una visione securitaria della tematica migratoria alimentata da una retorica alla ricerca esasperata di un fattore di instabilità sociale finalizzato alla realizzazione di un nuovo equilibrio tra libertà costituzionali e poteri pubblici.

La normativa che andremo ad esaminare presenta dunque un carattere che si pone in contrapposizione al dettato costituzionale come sancito nelle diverse decisioni della Consulta e della normativa europea come precisato nella sentenza *El Dridi*.

Il quesito di ricerca è dunque l'identificazione delle peculiarità della normativa in esame volta a reprimere nel caso della contravvenzione illegale il reato di mera condotta e del caso dell'aggravante di clandestinità come una penalizzazione automatica di un soggetto sulla base di circostanza meramente legata al suo status.

L'analisi della disciplina in esame, dati i suoi caratteri oggettivistici e la scarsa rispondenza della normativa ai principi costituzionali di uguaglianza, offensività e capacità rieducativa della pena, permetterà di osservare come il fenomeno migratorio abbia effettivamente spostato l'equilibrio tra tutele e diritti individuali della pubblica sicurezza a favore di quest'ultima, ma senza che si sia elaborato un equo temperamento tra le suddette esigenze.

La ragione di questo fallimento normativo attestato dalle declaratorie di incostituzionalità e sentenze europee non deve ravvisarsi pertanto nella sola povertà della tecnica normativa in esame, ma anche in una mediocre comprensione della intrinseca complessità del fenomeno migratorio.

Dal punto di vista metodologico la presente tesi si pone in una diversa prospettiva cercando di fondare la sua analisi su una comprensione approfondita dei profili economici e sociologici della materia trattata, premessa necessaria per affrontare con consapevolezza la lettura della sovrastruttura giuridica prodotta in risposta al fenomeno migratorio.

Il primo capitolo, quindi, sarà dedicato ad una storicizzazione del fenomeno migratorio per esaminare il parallelismo tra le mutazioni di carattere sociologico in Italia conseguenti alla sua trasformazione da paese di emigrazione a meta di immigrazione.

Il secondo capitolo sarà dedicato rispettivamente alla analisi dell'aggravante di clandestinità, mentre il terzo alla contravvenzione di immigrazione illegale.

I reati in questione verranno analizzati sia in sede di dibattito politico ed alle relative questioni di politica del diritto sia con particolare interesse i problemi di applicazione pratica di fronte alle giurisdizioni ordinarie, le quali hanno effettuato una sorta di resistenza passiva prima delle declaratorie di incostituzionalità e della sentenza della Corte di

Giustizia Europea *El Dridi* che hanno esaltato la dicotomia creatasi tra principi costituzionali e legislazione penale a seguito degli ultimi mutamenti normativi.

Nel quarto ed ultimo capitolo si cercherà di mettere a confronto la scarsa consapevolezza del legislatore nel disciplinare il fenomeno migratorio alla lucidità della analisi della Corte Costituzionale e da questa giustapposizione ricavare delle raccomandazioni per una normativa adeguata da un lato a rispondere alle rinnovate esigenze di sicurezza legate alla trasformazione dell'Italia in un paese oggetto di immigrazione e dall'altro a preservare quei principi su cui riposa il nostro ordinamento.

## **CAPITOLO PRIMO - UN APPROCCIO ECLETTICO: LA RISPONDENZA TRA EVOLUZIONE DELLA STRUTTURA ECONOMICA DEL PAESE E CONTESTUALE CAMBIAMENTO DELLA POLITICA LEGISLATIVA IN FUNZIONE DEL FENOMENO MIGRATORIO.**

### **§ I.1 La prima fase: l'Italia come Paese di emigrazione e conseguente regolazione**

#### *§ I.1.1 Il sostrato sociale dell'Italia tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.*

Dal punto di vista storico l'Italia può considerarsi un Paese dove il fenomeno più marcato era quello dell'emigrazione rispetto a quello dell'immigrazione.<sup>1</sup>

Si può avere un'idea della portata di questa affermazione osservando che dall'Unità d'Italia fino alla Prima Guerra mondiale, in corrispondenza di un aumento demografico da quindici a venticinque milioni di abitanti, sei milioni di italiani, cioè un quinto della popolazione attiva sia emigrata.

Dal punto di vista economico, la letteratura ha più volte rimarcato come la sostenibilità del bilancio statale fosse in larga misura dovuto alle rimesse degli emigranti, senza le quali il Paese non sarebbe stato in grado di sostenere il suo sviluppo economico tra gli ultimi decenni del secolo XIX e i primi del secolo XX: nelle strategie elaborate dai vertici politici italiani, si è sempre presupposto un deficit di bilancio elevato.<sup>2</sup>

Muovendo da tali premesse risulta chiaro perché il legislatore nazionale non avesse compiuto particolari sforzi dal punto di vista legislativo per disciplinare un fenomeno tutt'affatto minore nel panorama nazionale.

\*

\* \*

Solamente a partire dagli anni Settanta, ossia in un momento storico in cui il nostro Paese ha iniziato a raggiungere dei livelli economici che prima di allora non aveva ancora

---

<sup>1</sup> EINAUDI, L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità oggi*, Roma-Bari, 2007,2.

<sup>2</sup> FORSYTH, D., *La Crisi dell'Italia Liberale*, Corbaccio, p. 19-21

conosciuto, da diversi Paesi europei ed extra-europei cominciarono a giungere sul territorio italiano i primi flussi migratori che diventarono sempre più consistenti, complici anche le legislazioni assai restrittive di altri Paesi europei in tema di ingresso di stranieri sul proprio territorio

### ***§ I.1.2 La conseguente regolazione del fenomeno migratorio nel primo centenario dell'Unità d'Italia.***

Fino agli anni Settanta il legislatore aveva dunque affrontato le questioni riguardanti gli stranieri unicamente sotto il profilo dell'ordine pubblico attraverso una unica fonte volta a disciplinare il tema dell'immigrazione, cioè il Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1931 (T.u.l.p.s.), il quale era soltanto finalizzato a disciplinare le procedure di carattere amministrativo connesse all'espulsione dello straniero indesiderato.

La disciplina in questione non affrontava la tematica delle limitazioni della libertà personale dello straniero dal momento che tale condizione era determinata da uno status di irregolarità.

Per quanto riguarda le condotte penalmente rilevanti, l'art. 142 imponeva allo straniero di presentarsi, entro tre giorni dall'ingresso nel territorio dello Stato, all'autorità di polizia per "dare contezza di sé e fare la dichiarazione di soggiorno", obbligo la cui inottemperanza, ai sensi dell'art. 17, era punita con la pena alternativa dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda; ulteriore ipotesi di reato (punita con la pena dell'arresto da uno a sei mesi) si configurava, ai sensi dell'art. 152, co. 3, quando lo straniero non si attenesse all'itinerario fissato dall'autorità prefettizia nel foglio di via obbligatorio; infine, era punito all'art. 151 con l'arresto da due a sei mesi lo straniero espulso che facesse illegalmente ritorno nel nostro Paese. Benché, dunque, l'ingresso illegale dello straniero non costituisse di per sé un reato, a determinate condizioni il soggiorno irregolare poteva rivestire rilevanza penale, ma le fattispecie applicabili erano di scarsa gravità (reati contravvenzionali, puniti con modeste pene detentive), e di minima applicazione nella prassi.



La normativa presa in considerazione, si distingue per avere ad oggetto situazioni riguardanti gli stranieri e quindi non specificamente soggetti immigrati in Italia attraverso fenomeni di massa.

## **§ I.2 La seconda fase: l'Italia come meta di immigrazione e conseguente risposta normativa**

Il rapporto tra l'esigenza da parte dell'Unione Europea di importare forza lavoro e la situazione di precarietà che caratterizza l'esistenza di milioni di persone fuori dai suoi confini può essere assunto come indice sintetico per tratteggiare la situazione attuale in materia di immigrazione. L'ampiezza del fenomeno rende necessaria una politica di integrazione<sup>4</sup> che consenta alla popolazione stanziale di trarre benefici sul piano socioeconomico e di impatto positivo sul sistema fiscale.<sup>5</sup>

Dal punto di vista normativo si è mancato di disciplinare il fenomeno migratorio con un quadro normativo veramente armonico ed adeguato a rispondere alle multiformi esigenze sul piano economico e produttivo da un lato e, dall'altro, alle diverse questioni relative alla tematica della sicurezza.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup>Demographic trends [...] mean that Europe will need between 40 and 60 million immigrant workers by 2050 in <http://www.humanrightseurope.org/2011/11/jagland-europes-migration-debate-needs-facts-not-emotion/>. Sul punto vedi PAOLO CUTITTA, *Lo spettacolo del confine*, Mimesis Eterotopie, 2012, p.28

<sup>4</sup> DAVID MANCINI, *Traffico di migranti e tratta di persone. Tutela dei diritti umani e azioni di contrasto*, On The Road, 2008, p. 22

<sup>5</sup> (nel 2010 [...] di 1,7 miliardi di euro) FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Rapporto annuale sull'economia dell'immigrazione*, il Mulino, 2013, pp. 84-85.

<sup>6</sup> CAPUTO A., *Verso un diritto speciale per gli immigrati?*, in *Questione giustizia*, 2000, n. 6, 1178 ss

### *§ 1.2.1 Il continente europeo come meta di immigrazione: l'Italia all'interno dell'azione regolamentare e amministrativa dell'Unione Europea*

Una delle tematiche che da sempre interessa la politica comune dell'Unione europea è la lotta contro l'immigrazione clandestina.

Tali competenze furono conferite alla Comunità europea attraverso il trattato di Amsterdam che nel Titolo IV all'art. 62 rappresentava la base giuridica delle regole e norme riguardanti i controlli di frontiera e la politica dei visti.

Il successivo articolo, ossia il 63, rappresentava la base delle misure in materia d'immigrazione e di soggiorno irregolari, tra cui era prevista la disciplina dell'istituto del rimpatrio dei soggetti che non avevano un permesso di soggiorno regolare.

Oggi la base legale per la competenza dell'Unione Europea in materia di immigrazione è rappresentata dagli articoli 79 e 80 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

In modo particolare, la Commissione ha avuto un approccio finalizzato a proporre una serie di iniziative nell'ambito della migrazione legale.

Infatti, il Piano d'azione adottato dalla stessa ha voluto stabilire che ammettere i migranti per motivazioni economiche è una condizione inscindibile da provvedimenti che hanno il fine di combattere l'immigrazione clandestina.

Nel complesso la disciplina dell'immigrazione clandestina è volta a individuare le situazioni comprendenti l'ingresso illegale di cittadini appartenenti a paesi terzi in Paesi membri dell'UE.

Tale ingresso si realizza mediante l'utilizzo di documenti contraffatti che si ottengono talvolta tramite l'intervento di organizzazioni criminali che si occupano della gestione del traffico illegale di migranti.<sup>7</sup>

A ciò si aggiunge il fatto che un numero elevato di individui entrino in maniera legale nello Stato di trasferimento e successivamente il loro soggiorno venga prolungato, ma senza la presenza di un documento valido che determini una condizione di regolarità.

Comprendere realmente l'entità dei flussi migratori clandestini è possibile solo mediante degli indicatori che presentano il numero di individui che vengono arrestati o attraverso le richieste con cui si richiede la regolarizzazione del permesso.

Un ulteriore elemento che permette di comprendere la portata del fenomeno è rappresentato dai soggetti che decidono di permanere nel territorio di un paese membro oltre il termine di scadenza del loro permesso.

Attraverso tali documenti, infatti, si ritiene che nei prossimi decenni i flussi migratori saranno soggetti ad un aumento esponenziale, determinato dai fattori economici e politici dei Paesi di origine di tali soggetti che saranno influenzati anche dalle condizioni demografiche.

Ciò che connoterà tali flussi in futuro sarà il contesto politico in quanto è sempre più forte il bisogno di fronteggiare l'immigrazione clandestina attraverso l'adozione di provvedimenti che siano adottati dalla maggior parte degli stati membri dell'Unione Europea, in considerazione della portata di tale fenomeno.<sup>8</sup>

Riportando le parole di una delle ultime comunicazioni della Commissione a proposito dell'immigrazione clandestina, si può vedere come la volontà sia quella di affrontare la

---

<sup>7</sup> PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, n. 2, 556.

<sup>8</sup> CAVALIERE A., *Diritto penale del nemico e di lotta: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali* in *Critica del diritto*, 295 ss.

questione in parola adottando un'impostazione di ampio respiro, con strumenti volti alle diverse sfaccettature che interessano il fenomeno migratorio.

Inoltre, il Consiglio, ha elaborato degli atti aventi ad oggetto varie fasi.

Per queste si intende come prima fase il fenomeno in sé, mentre la seconda viene rappresentata dalle frontiere e l'ultima dal rimpatrio.

Le osservazioni svolte dalla Commissione hanno visto la valutazione dei progetti posti in essere in un momento antecedente.

Infatti, in uno di questi programmi ossia quello dell'Aja, è stato indicato un piano volto a intensificare la lotta all'immigrazione clandestina attraverso l'operato della politica che si è interessata della sicurezza delle frontiere, del lavoro clandestino e della cooperazione con i paesi terzi.

Avendo in considerazione la situazione che riguarda il Mediterraneo, il Consiglio europeo ha intrapreso delle azioni nelle quali emergono delle nuove priorità, tenendo in considerazione che tale area è soggetta a flussi continui e costanti.

Una delle ultime comunicazioni trova le sue basi nei principi che da sempre guidano l'operato dell'Unione europea, tenendo in considerazione soprattutto il bisogno di equilibrare la sicurezza e i diritti fondamentali degli individui.

In particolar modo, emerge la necessità di trattare in maniera più efficace l'immigrazione clandestina attraverso la collaborazione con paesi terzi.

Infatti, a tal riguardo, si sottolinea come la comunicazione tra gli stessi Paesi sia di origine che di destinazione abbia un ruolo fondamentale.

Come azioni a breve raggio, sono stati individuati degli strumenti volti a sorvegliare e controllare gli interventi in materia di immigrazione; nel lungo raggio, invece, si identificano delle politiche mediante le quali si possa efficacemente trovare un punto di

incontro tra gli stati al fine di combattere e ridimensionare il fenomeno dell'immigrazione clandestina.<sup>9</sup>

Per quanto concerne l'elemento delle frontiere, attraverso l'Agenzia FRONTEX si è voluto accrescere l'elemento di efficacia attraverso cui avvenivano i controlli.

A ciò si aggiunge anche la tecnologia che funge sia da strumento attraverso il quale poter svolgere dei controlli come pure da sistema preventivo come l'ottenimento di impronte digitali o foto idonee a svolgere delle operazioni preventive per combattere l'immigrazione clandestina.<sup>10</sup>

Per fronteggiare il sistema criminale alla base di tale fenomeno, è stata proposta la previsione di un sistema che permetta di registrare l'ingresso e l'uscita dal territorio UE dei cittadini di paesi terzi.

In questo modo si verificherebbero due condizioni positive: in primo luogo gli Stati membri potranno controllare se un cittadino di un paese terzo stia prolungando illegalmente il suo soggiorno, successivamente alla scadenza del visto, o se già abbia posto in essere questa pratica illegale. Inoltre, questo sistema potrebbe rendere maggiormente gestibile l'individuazione della migrazione legale, in quanto sarebbe utilizzato come censimento della stessa.

In secondo luogo, un'ulteriore proposta ha visto la possibilità di allargare l'utilizzo dei dati facendo sì che ci sia una raccolta anticipata degli stessi affinché il fenomeno di immigrazione clandestina sia progressivamente caratterizzato da un controllo preventivo sulla stessa.

Tali strumenti appena proposti, si caratterizzano per il fatto che la loro gestione e organizzazione non è semplice in quanto richiedono delle risorse tecniche e finanziarie non indifferenti.

---

<sup>9</sup> BARBAGLI M., *Immigrazione e sicurezza in Italia*, in *Studi sulla Questione Criminale*, III, n. 3, 2008, 112 ss

<sup>10</sup> FERRACUTI F., *L'immigrazione europea e la criminalità*, in *Rassegna di Studi Penitenziari*, 3ss

Un ulteriore punto su cui l'Unione si è fortemente impegnata è la tratta di essere umani in quanto è stato previsto un determinato piano d'azione finalizzato a ridurre tale fenomeno prevedendo delle azioni volte a fornire un sostegno successivo alle vittime prevedendo un appoggio alle stesse attraverso la loro messa in sicurezza per difenderle da situazioni di vessazione fisica e psicologica nelle quali sovente si trovano.<sup>11</sup>

Un altro contesto in cui emerge il ruolo delle organizzazioni criminali è il lavoro clandestino. Agli Stati membri è stata promossa la richiesta di prevedere delle sanzioni per i datori di lavoro che scelgono di operare in condizioni di clandestinità.

Questo sistema potrebbe portare ad armonizzare l'operato degli Stati membri affinché tale lotta sia congiunta; tutto ciò al fine di prevedere degli strumenti volti a frenare il lavoro clandestino degli immigrati.

Un'ulteriore questione dibattuta è stata la regolarizzazione degli immigrati clandestini sempre per mezzo dell'espletamento di condizioni attraverso cui cercare di portare alla legalità tali situazioni anche laddove non sia possibile rinviare tali soggetti nel proprio paese di origine.<sup>12</sup>

Anche la tematica del rimpatrio è stata ampiamente analizzata dall'Unione europea soprattutto perché volta a ripristinare una situazione di legalità.

L'obiettivo è quello di prevedere degli accordi attraverso cui stabilire delle condizioni di rimpatrio a cui partecipi un numero consistente di Stati membri e anche di intensificare le modalità attraverso cui predisporre dei documenti.

Ciò è possibile attraverso l'incremento dello scambio di informazioni tra gli Stati membri per poter ridurre le tempistiche attraverso cui applicare tali programmi.

---

<sup>11</sup> MASERA L., *Immigrazione*, in MAZZA O. e VIGANO' F. (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125), Torino, 2008, 13

<sup>12</sup> BARBAGLI M., *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2006,38.

Esistono infatti degli strumenti tecnici come l'ICONet ossia una rete web per gli scambi tra gli Stati membri d'informazioni strategiche, tattiche e operative riguardanti i flussi migratori clandestini.

Alla luce di tale contesto, ciò che ci si auspica è che tali strategie diventino realmente efficaci al fine non solo di attuare una collaborazione tra Stati membri, ma anche creare una cabina di regia comune finalizzata alla lotta all'immigrazione clandestina.

### ***§ 1.2.2. Il fenomeno migratorio nella legislazione italiana.***

Il fenomeno migratorio viene preso in considerazione, per la prima volta, in maniera specifica dal nostro legislatore nella legge 30 dicembre 1986, n. 943.

Tale legge si caratterizza per aver parificato in maniera espressa i diritti dei lavoratori stranieri a quelli dei lavoratori italiani, oltre che ad aver previsto il fondamentale diritto al ricongiungimento familiare ai lavoratori stranieri che vivono regolarmente in Italia.

Di fronte ad un flusso migratorio che in quegli anni non ha ancora assunto proporzioni considerevoli, l'ordinamento non palesa la necessità, che diventerà ineludibile solo pochi anni dopo, di stabilire una programmazione dei flussi in relazione al mercato del lavoro, e neppure di regolare in alcun modo la disciplina dell'espulsione, rimessa a generici «principi di pubblica sicurezza».

### ***§ 1.2.3 La legge Martelli***

La normativa, inaugurando una lunga serie di interventi poco sistematici e caratterizzati dal taglio emergenziale, viene modificata con la legge 28 febbraio 1990, n. 39, la c.d. "Legge Martelli", che convertiva in legge il decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante "norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di

regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato”.

Essa mirava essenzialmente a ridefinire lo status di rifugiato, a precisare le modalità di ingresso e respingimento alla frontiera degli stranieri, nonché a regolamentare il loro soggiorno in Italia.

La particolarità di tale disciplina risiede nel fatto di aver previsto che per eliminare lo status di irregolarità in capo a tali soggetti fosse necessario l’ottenimento del permesso di soggiorno.

Questo permesso è disponibile solamente a chi è idoneo a dimostrare di detenere beni personali, o di un'occupazione regolarmente retribuita, o infine dell'impegno di un ente, di un'associazione o di un privato «che diano idonea garanzia ad assumersi l'onere dell'alloggio e del sostentamento del cittadino extracomunitario». La legge Martelli prevedeva, poi, la sanatoria della situazione individuale di molti soggetti stranieri, già residenti in modo irregolare in Italia, indicando le modalità per la regolarizzazione del loro soggiorno.

La disciplina riguardante il permesso di soggiorno ha dato vita ad un acceso dibattito politico e sociale, ancora non sopito, in merito alla necessità e all’opportunità di accogliere gli stranieri sul territorio nazionale e di fornire loro un’occupazione.

In maniera abbastanza lungimirante, la legge Martelli introduceva anche una programmazione statale dei flussi di ingresso degli stranieri non comunitari in base alle necessità produttive e occupazionali del Paese, tramite un sistema di previsione di quote massime.

Nel contesto del lavoro, tale legge appariva finalizzata maggiormente a sanare una situazione pregressa che non prevedeva un quadro organico per il futuro, consistendo in



una moratoria volta a sanare le irregolarità che vedevano i lavoratori stranieri più inclini, per necessità ad accettare condizioni di lavoro deteriori.

All'utilità conseguita da coloro che soggiornavano illegalmente nel territorio si poneva in contrasto l'ostacolo per chi voleva entrare in territorio italiano per la prima volta in quanto tale legge aveva previsto dei maggiori controlli alle frontiere, volti a verificare caso per caso le effettive condizioni d'ingresso nel Paese di ciascun migrante.

L'aumento dei controlli alle frontiere, peraltro, era stato fortemente caldeggiato da altri Paesi europei, preoccupati dai migranti che, grazie al trattato di Schengen del 1985, passando dall'Italia, potessero giungere irregolarmente sul loro territorio.

Inoltre, la cd. Legge Martelli ha individuato i criteri necessari per l'operatività del meccanismo di espulsione, inteso da questa legge come un controllo da svolgere nei confronti di immigrati socialmente pericolosi o clandestini, attuato attraverso un provvedimento del prefetto disposto con decreto motivato.

Il procedimento di espulsione in parola si sostanzia nella intimazione ad abbandonare il territorio dello Stato entro il termine di quindici giorni, con l'accompagnamento alla frontiera solo in caso di violazione dell'intimazione. Va tuttavia sottolineato il fatto che non era ancora stata prevista dal legislatore alcuna ipotesi speciale di privazione della libertà personale dello straniero irregolare in ragione del suo status di irregolarità, dal momento che le uniche sanzioni penali, detentive e pecuniarie, previste dalla legge Martelli si riferivano ai delitti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, e non alle mere condotte di ingresso o soggiorno illegale.

***§ 1.2.4 L'intensificarsi del fenomeno migratorio e delle questioni di pubblica sicurezza: la conseguente risposta normativa nella legge Bossi-Fini***

Dal 1989 alla fine degli anni Novanta il flusso migratorio si fa più massiccio e nel Paese si fa strada un dibattito “contro” l’immigrazione genericamente intesa: molti fattori sociali inducono il legislatore a focalizzarsi sempre più su tematiche di ordine pubblico e di “sicurezza” dei cittadini: si può certamente affermare come l’interesse del legislatore sia aumentato in vista dell’intensificarsi del fenomeno migratorio che ha riguardato tutti i Paesi europei, inclusa l’Italia.

L’attenzione rivolta alla tematica dell’immigrazione è accentuata dalle problematiche che essa comporta e che vanno affrontate quotidianamente mediante un piano nazionale in vista delle tensioni che si determinano sul piano politico.<sup>13</sup>

In particolar modo, a preoccupare il contesto sociale è la stretta correlazione tra immigrazione e criminalità.

Infatti, il settore dell’immigrazione è un terreno fertile su cui le associazioni criminali investono nella prospettiva di trarne illeciti profitti.

Questo fenomeno acquista dimensioni sempre maggiori e ciò è dimostrato non solo dai dati statistici i quali vanno analizzati con molta cautela, ma anche da ciò che non può essere registrato in quanto frutto di estrapolazioni finalizzate a stimare la parte sommersa del fenomeno migratorio.<sup>14</sup>

Sicuramente un dato da cui attingere è la presenza sempre maggiore nelle carceri italiane di soggetti stranieri, spesso entrati in clandestinità nel nostro Paese.

Secondo le statistiche riportate dal Ministero della giustizia, al 30 settembre 2016, su una popolazione detenuta complessiva di 54.465 presenze (rispetto a una capienza “regolamentare” di 49.796), ben 18.462 erano stranieri, pari cioè al 33,8 % del totale.

---

<sup>13</sup> ARDITA S., *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su immigrazione e sicurezza*, in *Cassazione. penale*, 2008, 1727

<sup>14</sup> PEPINO L., *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XI, 2009, n. 4

Per quanto attiene al paese di origine, i detenuti stranieri presenti nelle carceri presentano queste percentuali: Marocco (17,4 % sul totale degli stranieri presenti), Romania (14,9), Albania (13,1), Tunisia (11,0).

Alla luce di queste statistiche, si evidenzia come un terzo dei detenuti risulta essere immigrato, con un'incisiva presenza di soggetti extracomunitari.

Questi dati potrebbero suggerire una particolare propensione a delinquere dei soggetti extracomunitari, ma allo stesso tempo andrebbe considerato che a differenza dei cittadini italiani, gli stranieri hanno maggiore difficoltà ad accedere alle misure alternative alla detenzione: ciò è dovuto sia dall'assistenza difensiva di cui vengono dotati sia perché non disponendo spesso di un'abitazione, si vedono preclusa la possibilità della concessione di una misura detentiva come gli arresti domiciliari.<sup>15</sup>

Un'altra relazione da cui si possono rilevare delle riflessioni è quella del Ministero della giustizia sul primo semestre del 2016 (30 giugno), dalla quale emerge che su un totale di 19.128 affidamenti in prova ben 16.405 sono stati usufruiti da italiani e solo 495 da stranieri comunitari e 2.227 da stranieri extracomunitari.

Allo stesso modo, per la semilibertà, su un totale di 1.069 provvedimenti, solo 129 sono stati concessi agli stranieri; e ancora, su un totale di 17.442 detenzioni domiciliari, gli stranieri che ne hanno beneficiato sono stati 3.306.

Tutto ciò è avvenuto mentre la demografia italiana subiva un forte ridimensionamento e quella straniera era in aumento anche in vista dei maggiori ingressi di immigrati nel nostro paese.

È comunque possibile estrapolare che il legame tra immigrazione clandestina e criminalità non è un fenomeno di secondo piano nel panorama nazionale.

---

<sup>15</sup> FERRAJOLI L., *L'illusione della sicurezza*, intervento al Festival del Diritto. Venerdì 26 settembre 2009 in <http://www-2.radioradicale.it/>

Tale dato pone delle questioni in quanto si conferma alla luce delle statistiche riportate che oggi circa un terzo della popolazione detenuta è costituita da stranieri.

Un profilo interessante è quello che riguarda le categorie di reati posti in essere dagli stranieri.

Questo perché le condanne inflitte agli stranieri hanno pene superiori fino a cinque anni rispetto a quelle impartite a soggetti italiani.

Secondo le statistiche si può notare tali percentuali:

- a) pene fino a 1 anno: 8,8 di stranieri a fronte di 3,8 di italiani;
- b) pene da 1 a 2 anni: 13,0 a fronte di 6,7;
- c) pene da 2 a 3 anni: 15,2 a fronte di 9,0;
- d) pene da 3 a 5 anni: 25,5 a fronte di 19,5;
- e) pene da 5 a 10 anni: 24,6 a fronte di 31,1;
- f) pene da 10 a 20 anni: 10,3 a fronte di 17,2;
- g) pene oltre 20 anni: 2,0 a fronte di 6,9;
- h) ergastolo: 0,6 a fronte di 5,8.

Secondo una relazione fornita dal Ministero di Giustizia si nota come «l'incidenza degli stranieri tra i denunciati [...] varia molto a seconda dei reati. Si va da incidenze basse, come il 3% per le rapine in banca o il 6% per quelle negli uffici postali, al poco meno del 70 % che caratterizza i borseggi [...]. Tra questi due estremi, gli stranieri costituiscono il 51% dei denunciati per rapina o furto in abitazione, e il 45 % dei denunciati per rapina in pubblica via, il 19 % per le estorsioni, il 29 % per le truffe e le frodi informatiche».

Alla luce di tali statistiche un elemento che non va sottovalutato è quello che considera gli stranieri regolari da quelli irregolari.

Infatti, il rapporto continua sostenendo che «solo depurando gli stranieri denunciati della componente irregolare potremo dire se l'incidenza degli stranieri regolari tra i denunciati è superiore rispetto a quella che si riscontra nella popolazione residente in Italia».

L'insieme di tali dati porta a delle riflessioni da svolgere.

Infatti, paragonando il tasso di delittuosità degli stranieri a quello degli italiani, quando i primi sono regolari tale tasso coincide con gli stessi e invece quando sono irregolari il tasso subisce un forte aumento.

Ci si deve dunque interrogare sulla causa di tale sproporzione.<sup>16</sup>

Si potrebbe ritenere che tale divario sia determinato dal fatto che la condizione di irregolarità nella quale tali stranieri versano abbia un effetto criminogeno tale da influire sulla propensione a delinquere.

Si deve dunque notare come lo stato di irregolarità abbia un'influenza decisiva su tale ambito.

È proprio attraverso il porsi di tali interrogativi che le risposte offerte dal diritto penale devono essere idonee a gestire tali situazioni.

Sarà solo attraverso l'individuazione di tali problematiche che si potrà fornire degli strumenti adeguati a reprimere il fenomeno specificamente analizzato, tenendo conto della condizione non solo di straniero ma anche di irregolarità nella quale lo stesso si trova.<sup>17</sup>

Come osservato nei paragrafi precedenti, i primi interventi legislativi in materia vedono l'obiettivo di andare a regolamentare una serie di situazioni determinatesi come occasionali in quanto condizionate dal contesto internazionale a cui il legislatore fa riferimento per poter avere un'ottica complessiva del quadro in questione.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> FERRACUTI F. *L'emigrazione europea e la criminalità*, in *Rassegna di Studi Penitenziari*, 3ss

<sup>17</sup> PINOTTI P., *Do immigrants cause crime ?*, Paris School of economics, Working Paper N° 2008 – 05.

<sup>18</sup> PEPINO L., *Meccanismi di esclusione e diritto penale del nemico* (Pisa, 1° marzo 2008) in <http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/liviopepino.pdf>, cfr

È con la Legge Bossi-Fini che il legislatore inizia ad intraprendere una visione diversa della tematica in quanto ad essere presente è il profilo della repressione penale delle violazioni delle norme in materia d'immigrazione.<sup>19</sup>

È a questo punto che l'espulsione dell'immigrato irregolare comincia ad essere vista come uno strumento da usare in via generalizzata da realizzarsi mediante l'accompagnamento coattivo alla frontiera.

Questo mutato approccio normativo ha causato il sollevarsi di un acceso dibattito in merito alle garanzie sulla libertà personale e sul principio di colpevolezza sancito dal testo costituzionale.

È da questo periodo che progredisce all'interno del dibattito politico l'idea che l'immigrazione sia un fenomeno da tenere sotto controllo mediante l'utilizzo di fattispecie penali ad hoc.

Da questa nuova impostazione scaturisce l'idea di criminalizzare la mera violazione delle norme in materia d'immigrazione e la conseguente gestazione di fattispecie penali che riguardino non solo lo sfruttamento e il favoreggiamento della stessa ma anche quei comportamenti posti in essere sul territorio italiano da individui irregolarmente presenti in Italia.

Nel panorama normativo vedono dunque la luce una serie di previsioni aventi ad oggetto la mera tutela della sicurezza pubblica senza una reale consapevolezza dell'inadeguatezza dello strumento del diritto penale nel perseguimento di tale programma di governo.

Infatti, il ruolo del diritto penale andrebbe inquadrato alla luce di un contesto che non sia ogni volta condizionato dalle maggioranze elette in Parlamento in quanto la sua principale funzione è quella di garantire una tutela rafforzata ai valori dell'ordinamento laddove gli altri strumenti legislativi non siano in grado di provvedervi.

---

<sup>19</sup> MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997,97.

Questa considerazione, incentrata sui rapporti intercorrenti tra diritto penale e immigrazione, spesso non risulta applicata in concreto alla luce di quanto accade in sede legislativa nell'approccio alla gestione dei flussi migratori.

Infatti, anche alla luce di uno sguardo comparatistico, la repressione penale dell'immigrazione illecita rappresenta un'ipotesi minoritaria che viene temperata dall'assenza dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

Com'è noto, in Italia tale obbligatorietà è prevista dall'art.112 della Costituzione ed è recepita dagli articoli 50 e 405 del Codice di Procedura Penale i quali non hanno subito modificazioni durante l'evoluzione normativa in esame.<sup>20</sup>

Il binomio diritto penale e sicurezza ha alcune controindicazioni in quanto ha come conseguenza negativa quella di determinare una sorta di equiparazione dei comportamenti al fine di renderli più idonei ad essere sottoposti ad un controllo.

Gli stranieri immigrati, in questo contesto, rappresentano una categoria che è esposta a tale mutamento di prospettiva. In ambito penale, infatti, la normativa ha subito dei veri e propri sommovimenti tellurici come si evince dall'analisi della vicenda dell'aggravante di clandestinità, inizialmente introdotta all'art. 61, I. c., n. 11-bis, c. p., dal d. l. 92/2008, e successivamente dichiarata incostituzionale dalla Consulta nella sentenza 249/2010.

Tale aggravante, applicabile ad ogni reato e basata sul fatto che ogni immigrato soggiornante in maniera irregolare fosse soggetto a tale circostanza, presentava fin da subito un forte contrasto con il principio d'eguaglianza e d'offensività.<sup>21</sup>

Il principio di offensività trova il suo principale fondamento nell'assunto che ad ogni reato deve corrispondere un'offesa ad un bene giuridico "*nullum crimen sine iniura*".

---

<sup>20</sup> CAPUTO A., *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, n. 2-3-. 2004, 359 ss.

<sup>21</sup> RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Indice penale*, 2006,181 ss.

Il principio di offensività si ricollega al principio della materialità del fatto sancito dall'art. 25 della Carta Costituzionale, secondo comma, dove si parla di "*fatto commesso*" con riferimento ad un comportamento umano che si estrinsechi nel mondo esteriore, "*cogitationis poenam nemo patitur*" – ("nessuno può subire una pena per i suoi pensieri").

Deve premettersi che la Corte costituzionale, pur riconoscendo la valenza del principio di offensività in astratto, quale canone che dovrebbe orientare il legislatore nella selezione delle fattispecie incriminatrici, ha sempre ritenuto che l'individuazione delle condotte punibili, come pure la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, rientrino nella discrezionalità legislativa, ed ha adottato una linea di *self-restraint*, per cui la mancanza di offensività è ritenuta censurabile solo nella misura in cui le scelte normative confliggano in modo manifesto con il canone della ragionevolezza; in tale quadro, spetta al giudice comune la valutazione sulla sussistenza dell'offensività in concreto. (Cass. S.U., n. 12348/2020)

Questo principio veniva di fatto ignorato nella strutturazione della fattispecie incriminatrice.

La severità della pena, infatti, dipendeva dal fatto che ad aver commesso il reato fosse uno straniero il cui status fosse irregolare nel territorio nazionale.

Ciò avveniva non tenendo in considerazione la pericolosità sociale dell'autore del reato e quindi a determinarsi era un aumento di pena.

Tale aggravante ha configurato un'ipotesi in cui i principi giuridici regolanti il diritto penale fossero completamente derogati per fare spazio all'illiceità amministrativa del soggiorno di tali soggetti, determinando un più aspro trattamento sanzionatorio inflitto senza valutare l'incidenza dello *status* personale d'irregolarità sulla propensione alla commissione del reato-base ascritto allo straniero.

In questo modo, tale aggravante era in contrasto con la finalità rieducativa della pena così come previsto nel dettato costituzionale, la quale appare come assolutamente ingiusta e



sproporzionata, arrivando a determinare un rifiuto psicologico del reo avverso la sanzione criminale, e le connesse esigenze di riacquisizione al tessuto sociale.<sup>22</sup>

Il fenomeno dell'immigrazione non può quindi essere ritenuto unicamente come un evento da delimitarsi in una chiave principalmente repressiva.

Il quadro attraverso il quale riformulare il problema dell'immigrazione non è solo quello che tiene conto del diritto penale come strumento per reprimere i caratteri illeciti e irregolari della stessa, ma è quello che tiene sempre in considerazione i principi su cui lo stesso è basato.<sup>23</sup>

Solo attraverso una riflessione che miri anche ad un contesto futuro è infatti possibile produrre dei risultati che siano duraturi ed efficaci e che vedano nel diritto penale un mezzo attraverso cui tutelare i consociati e non semplicemente minacciarli.

### ***§ 1.2.5 Il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero***

L'intera disciplina del fenomeno migratorio la si trova per la prima volta nel decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 denominato "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero". Le categorie di reati che vengono normati sono:

- a) I reati concernenti le esigenze di identificazione personale (falsità in titolo di soggiorno ex art. 5 c. 8 bis T.U. ed omessa esibizione dei documenti identificativi ex art. 6 c. 3 T.U.);

---

<sup>22</sup> DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cassazione penale*, 2006, 735 ss

<sup>23</sup> FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 7<sup>a</sup> ed., Roma -Bari, 2002, 724 ss. e 844 ss

- b) I reati in materia di immigrazione clandestina (ingresso o soggiorno illegale ex art. 10 bis, i reati cui all'art. 12 e quelli previsti dagli artt. 22 c. 12 e 24 c.6 T.U.);
- c) I reati concernenti il provvedimento di espulsione (illegale permanenza nel territorio dello Stato ex art. 14 c. 5-ter e 5 quater T.U.).

Come osservato nei paragrafi precedenti, <sup>24</sup> i primi interventi legislativi in materia vedono l'obiettivo di andare a regolamentare una serie di situazioni determinatesi come occasionali in quanto condizionate dal contesto internazionale a cui il legislatore fa riferimento per poter avere un'ottica complessiva del quadro in questione.<sup>25</sup>

La normativa in parola è frutto di ripetuti interventi di riforma da parte del legislatore, tra cui si ricorda la legge del 30 luglio 2002, n.189 meglio nota come Legge Bossi- Fini e la legge 24 luglio 2009 n.94.

Tale normativa si caratterizza per aver inasprito il corpo legislativo già improntato ad una certa severità.

L'immagine che traspare nell'insieme delle disposizioni penali contenute nel T.U. è quella di una legislazione volta a punire in maniera decisa l'autore dei vari reati ivi previsti, nell'obbiettivo di esercitare un efficace effetto deterrente.

Testimonianza ne sono: la fissazione dei limiti edittali piuttosto elevati, l'introduzione dell'arresto obbligatorio in ipotesi ulteriori rispetto a quelle cristallizzate dall'art. 380 c.p.p. la previsione, in alcuni casi della custodia cautelare in carcere come misura ordinaria e non come estrema ratio nonché l'applicazione generalizzata del rito direttissimo.

Risulta evidente la scelta di politica criminale di creare una legislazione che vede lo straniero irregolare come un pericolo sociale.

---

<sup>24</sup> CAPUTO A., *Verso un diritto speciale per gli immigrati ?*, in *Questione giustizia*, 2000, n. 6, 1178 ss

<sup>25</sup> PEPINO L., *Meccanismi di esclusione e diritto penale del nemico* (Pisa, 1° marzo 2008) in <http://www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/liviopepino.pdf>, cfr

Questa impostazione traspare in particolare dalle disposizioni come l'art 10 bis T.U. che nell'introdurre il reato di immigrazione clandestina, tende a colpire lo stato di clandestinità in sé.

Con l'accentuarsi delle problematiche concernenti i migranti, il legislatore è andato oltre quanto previsto dal T.U.

È stata infatti introdotta, dall'art. 1 del decreto-legge 23 maggio 2008 n.92, convertito nella legge 24 luglio 2008, n.125 c.d. pacchetto sicurezza (sul quale vedi infra §I.2.6), nel codice penale una nuova circostanza aggravante comune al numero 11 bis dell'art. 61 con cui fino alla declaratoria di incostituzionalità si puniva più gravemente l'autore di un qualsiasi reato, allorquando il fatto è commesso da chi "si trova illegalmente sul territorio nazionale".

Alla luce di ciò, emerge come lo status di immigrato clandestino sia idoneo non solo per integrare gli estremi del reato suddetto ma anche per aggravare un ulteriore fattispecie di reato commesso sul territorio dello Stato.

Dall'esame dei principali reati presenti nel T.U. si potrà verificare che le norme penali ivi presenti sono volte sostanzialmente a punire fenomeni delinquenziali connessi al mancato rispetto delle disposizioni che, regolando il fenomeno migratorio, cercano di armonizzarlo con le esigenze di ordine pubblico.

### ***§ I.2.6 Il cd. "pacchetto sicurezza": il D.L. n. 92/2008 e la Legge n. 94/2009***

Il presente paragrafo ha lo scopo di analizzare gli interventi legislativi nazionali, avendo ad oggetto le recenti novità normative che hanno tenuto in considerazione la gestione del fenomeno migratorio a questioni legate alla sicurezza pubblica.

A dover essere analizzate sono infatti gli strumenti previsti dal c.d. "Pacchetto sicurezza".

In particolar modo, tale assetto ha inciso sull'organizzazione delle espulsioni che è il settore dove si riscontrano le principali differenze tra previsioni normative e prassi applicativa.

Si deve precisare come l'esecuzione coattiva dell'espulsione sia tuttora modalità prevalente.

La modalità ordinaria di espulsione è rappresentata dall'accompagnamento coattivo alla frontiera, che, in quanto misura estrema nelle sue forme, dovrebbe essere opzione residuale e sostanzialmente eccezionale secondo quanto previsto dalla normativa europea.

Un ulteriore problema a riguardo è quello che non vi è uniformità di vedute nel contesto giurisprudenziale sull'applicazione di tale strumento in quanto non esiste una banca dati delle decisioni dei giudici di pace.

Inoltre, le Corti hanno avuto difficoltà a comprendere la reale portata del sindacato giurisdizionale sulle decisioni delle autorità amministrative.

L'impostazione seguita dalla Cassazione, invece, attiene ad un orientamento restrittivo di tale interpretazione in quanto i supremi giudici non intendono prevaricare i limiti posti dal nostro ordinamento, volti a differenziare l'ambito giurisdizionale ordinario da quello amministrativo.

L'attività legislativa avviata in tempi recenti in materia di immigrazione si connota per valutare tale fenomeno alla luce della sicurezza pubblica.

Tale impostazione si è rilevata nell'ambito delle misure presentate nel c.d. "Pacchetto sicurezza", ed in particolare in: un decreto-legge (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla l. 24 luglio 2008, n. 125); due disegni di legge (il primo finalizzato ad introdurre nell'ordinamento italiano il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato; il secondo contenente l'adesione al Trattato di Prüm che istituisce la banca dati nazionale del DNA); tre decreti legislativi correttivi (il primo avente ad oggetto la normativa in materia di ricongiungimento familiare dei cittadini stranieri, divenuto d.lgs. 160/2008; il secondo relativo alla procedura di riconoscimento dello status di rifugiato, divenuto d.lgs. 159/2008;

il terzo concernente la libera circolazione dei cittadini comunitari, successivamente abbandonato a seguito dei rilievi della Commissione europea).

Le tematiche maggiormente rilevanti introdotte da tale intervento si sostanziano:

- a) nella previsione di un consistente incremento di pena per aver commesso il fatto mentre il colpevole si trova illegalmente sul territorio nazionale;
- b) la previsione dell'espulsione dello straniero condannato alla reclusione per un tempo superiore a due anni;
- c) l'introduzione del reato consistente nel dare alloggio o locare ad uno straniero, privo di titolo di soggiorno, un immobile di cui abbia disponibilità, a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto (reclusione da sei mesi a tre anni e confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato);
- d) l'inasprimento delle pene per chi impiega stranieri senza permesso di soggiorno (reclusione da 6 mesi a 3 anni e multa di € 5.000 per ogni straniero impiegato).

La stretta connessione tra sicurezza e immigrazione è ulteriormente enfatizzata nella legge 94/2009 (di seguito denominato Pacchetto sicurezza 2009), recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica".

Tra le principali misure introdotte si evidenzia:

- a) l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato;
- b) l'estensione del periodo massimo di detenzione nei Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE) da 60 giorni a 180 giorni;
- c) la previsione dell'obbligo per lo straniero, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, di esibire un documento di identità e il permesso di soggiorno, o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato (la mancata

ottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione viene sanzionata con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000);

d) la richiesta allo straniero che intenda contrarre matrimonio in Italia di presentare un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano;

e) introduzione dell'accordo di integrazione, articolato per crediti, con l'impegno da parte dello straniero a sottoscrivere specifici obiettivi di integrazione, da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno.

Anche l'ex Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, nel promulgare la legge ha sottolineato alcune criticità, sulle quali ha espressamente auspicato una rinnovata riflessione, con lettera del 15 luglio 2009.

Infine, il più recente intervento normativo è stato attuato con d.l. 89/2011, convertito dalla l. 129/2011.

Tale strumento non fa parte dell'originario Pacchetto sicurezza, ma è stato introdotto per rendere organica l'attuazione della direttiva 2004/38/CE avente ad oggetto la libera circolazione dei cittadini comunitari e recepire, ben oltre la scadenza prevista dalla normativa europea, la direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi in situazione irregolare.

Il Pacchetto sicurezza 2011 estende il periodo massimo di detenzione nei CIE da 6 a 18 mesi.

Riguardo agli strumenti legislativi introdotti e appena citati, si è espressa la Corte Costituzionale italiana, la quale ha avuto il ruolo di ribadire l'importanza della garanzia dei diritti fondamentali dello straniero nel bilanciamento tra l'interesse statale al controllo delle frontiere e la tutela di diritti umani fondamentali.

## CAPITOLO SECONDO: L'AGGRAVANTE DI CLANDESTINITÀ

### § I L'aggravante di 'clandestinità': la norma incriminatrice e la sua natura

Come abbiamo visto nel primo capitolo l'evolvere della situazione italiana da Paese di emigrazione in Paese di immigrazione ha determinato una svolta nella politica legislativa concretizzatasi in una legislazione dagli accentuati caratteri securitari e repressivi.

La presente analisi, prima di volgere verso le grandi tematiche di carattere sistemico è volta a compiere un attento esame della normativa in materia di immigrazione clandestina.

Dal punto di vista sistematico si è ritenuto di principiare dall'esegesi dell'aggravante di clandestinità, una norma pesantemente criticata per la sua incoerenza sistematica con il diritto penale moderno fondato sul principio di offensività.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale la dottrina tedesca, in special modo, seguita dalle altre dottrine europee ha delineato il sistema penale contemporaneo come un sistema solare ruotante attorno al principio di colpevolezza.

Da questa asserzione discende che un reato deve essere previsto da disposizioni attentamente molate sul piano lessicale tali da risultare scevri di qualsiasi possibile configurazione di responsabilità oggettiva.

L'elaborazione giurisprudenziale di rango costituzionale e quella di origine dottrinale appaiono uniformi nel delineare questa evoluzione.

Il legislatore nell'impellenza di creare delle disposizioni rispondenti ai toni esasperati delle campagne elettorali ha, più o meno scientemente ignorato i principi del diritto penale moderno varando delle disposizioni oltre che di dubbia utilità pratica anche in aperta dissonanza con i principi di colpevolezza e offensività.

In questo senso, come si vedrà nelle conclusioni del presente capitolo, il legislatore, per riprendere la metafora del sistema solare, ha compiuto un errore tolemaico, distorcendo

l'impianto sistematico con l'aggiunta di una sorta di illecito amministrativo condensato in paragrafi di legge penale, ma con caratteristiche in larga misura estranee al sistema in cui è inserito.

Le critiche all'introduzione di questa norma sono cominciate già in sede di esame parlamentare per poi essere estese dalla giurisprudenza e dalla dottrina che ne hanno messo in risalto tutti i limiti.

Nell'impostazione del presente lavoro di tesi si è ritenuto opportuno lasciare un largo spazio all'esame dei lavori parlamentari. Questa scelta è motivata dalla volontà di compiere un'analisi per quanto possibile completa di questa fattispecie. L'analisi del dibattito parlamentare permette facilmente di identificare come la portata della norma oggetto della nostra analisi sia stata da subito identificata ed essa rappresenti bene un paradigma dell'evoluzione della nostra società. (§II)

(§III) Dopo l'analisi del dibattito parlamentare, occorrerà, tuttavia, procedere ad un'attenta esegesi della normativa in esame per meglio comprenderne in prima istanza la finalità, la struttura ed infine, nell'ultimo paragrafo (§IV) del presente capitolo attraverso l'analisi giurisprudenziale metteremo in luce come questa norma possa fungere bene da archetipo della progressiva evoluzione-involuzione del rapporto stato-cittadino nel senso di una modifica securitaria.

L'introduzione dell'aggravante di clandestinità da applicarsi ai soggetti responsabili di condotte penalmente rilevanti irregolarmente presenti sul territorio nazionale è stata una scelta del legislatore avvenuta nel 2008 il quale, inizialmente, aveva pensato di configurare tale ipotesi non come un'aggravante, ma piuttosto come un'autonoma fattispecie di reato.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> BORRELLI G., IZZO F., Il Decreto sicurezza. Commento organico al D.L. 23-5-2008, n. 92 conv. In L. 24-7-2008, n. 125, legge n. 125/2008, Napoli, 2008,31



Nell'anno successivo, ossia il 2009, con il secondo "pacchetto sicurezza" si è deciso di riprendere l'idea originaria di una configurazione autonoma, sia pure qualificandola come contravvenzione.

La scarsa padronanza della tecnica legislativa ha portato quindi alla creazione di una doppia configurazione normativa della stessa circostanza fattuale ossia l'irregolarità del soggiorno che dunque compare nel sistema del diritto penale italiano allo stesso tempo come circostanza aggravante e come autonoma fattispecie di reato.

Ciò ha ovviamente destato delle difficoltà a livello interpretativo in quanto per gli operatori del diritto non è sempre stato agevole differenziare o conciliare tali situazioni.

La ratio sottesa alla norma andrebbe quindi ravvisata nel presupposto fatto proprio dal legislatore secondo la quale l'ordine pubblico e la sicurezza del territorio nazionale risulterebbero meglio protetti in virtù di una legislazione più severa volta a colpire specificamente quei soggetti che si trovano illegalmente sul territorio statale.<sup>27</sup>

## **§ II Le critiche alla norma in sede di discussione parlamentare**

Attraverso l'esame dei dibattiti occorsi in sede parlamentare, è possibile ravvisare con maggiore precisione il percorso seguito dagli stessi componenti che ha poi determinato la configurazione dell'aggravante della clandestinità.

Mediante gli interventi che di seguito si riportano, si evince come la maggioranza politica ha voluto introdurre tale aggravante al fine di fronteggiare l'immigrazione clandestina, senza compiere una valutazione ponderata costi benefici rispetto al metodo prescelto, con grave dispersione di energie e di risorse pubbliche.

---

<sup>27</sup> Di PIETRO F., Prime considerazioni sulle norme del cd. pacchetto sicurezza riguardanti la condizione dello straniero, in <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010568.aspx>.

A tal proposito rileva quanto affermato dal capogruppo alla Camera della Lega Nord, on. Cota: *“se oggi vogliamo colpire l’immigrazione clandestina è chiaro che lo status di clandestino deve costituire un’aggravante per chi commette un reato. Mi sembra assolutamente logico”*.<sup>28</sup>

Alla luce di quanto affermato, l’aggravante della clandestinità andrebbe inquadrata in un’ottica di “prevenzione generale”<sup>29</sup>, da “deterrente”<sup>30</sup> nei confronti delle scelte dello straniero di commettere reati in Italia durante il suo soggiorno irregolare.

Secondo l’on. Bossi, si tratterebbe di *“un monito per far capire agli immigrati che la situazione non è più quella di prima. Ed è anche un messaggio: non entrate clandestinamente perché rischiate”*.

Andando a vedere le statistiche, infatti, solo il 36% degli stranieri irregolari presenti in Italia vi è entrato illegalmente, varcando fraudolentemente le frontiere, terrestri o aree (23%), oppure sbarcando sulle coste (13%), per lo più della Sicilia e, in particolare, di Lampedusa.

La maggioranza degli immigrati irregolari – due su tre – sono infatti i c.d. *overstayers*, entrati legalmente in Italia, con permesso di soggiorno o visto turistico usato per cercare un’occupazione, e poi rimasti illegalmente dopo la scadenza di quei titoli di ingresso: *“per gran parte degli immigrati la caduta nello stato di irregolarità non è intenzionale, ma è dovuta alla perdita di un lavoro e alla incapacità di ritrovare nei tempi giusti un altro lavoro che gli permetta di stare regolarmente nel nostro Paese”*.<sup>32</sup>

Per quanto riguarda l’opposizione, invece, è stata più volte sostenuta l’incompatibilità di tale aggravante non solo con l’art. 3 della Costituzione, ma anche con le disposizioni europee

---

<sup>28</sup> Cfr. l’intervento dell’on. Cota nella seduta della Camera del 15 luglio 2008.

<sup>29</sup> Cfr. l’intervento del sen. Berselli (PdL - relatore del d.d.l. S. 692) nella seduta del Senato dell’11 giugno 2008.

<sup>30</sup> Cfr. i seguenti interventi: Sottosegretario alla Giustizia Caliendo, nella seduta del 10 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato; sen. Pistorio (MpA), nella seduta del Senato del 24 giugno 2008; on. Molteni (Lega Nord), nella seduta della Camera dell’11 luglio 2008; on. Bocchino (PdL), nella seduta della Camera del 15 luglio 2008 (*“la clandestinità è criminogena e, quindi, l’aggravante deve servire come deterrente per evitare la clandestinità”*).

<sup>31</sup> Cfr. l’articolo Bossi: *sì al reato di clandestinità. Funzionerà come un muro, ne Il Corriere della Sera dell’8 giugno 2008*, 11.

<sup>32</sup> Così il sen. Livi Bacci (PD) nella seduta del Senato dell’11 giugno 2008. V. anche, nella seduta del 17 giugno 2008, l’intervento del sen. D’Alia (UDC).

ed internazionali che prevedono il divieto di discriminazione, come si evince dall'art. 14 CEDU.

Infatti, in sede parlamentare, l'opposizione ha sostenuto che *“prefigura una chiara e infondata disparità di trattamento – sotto il profilo della determinazione della pena – tra soggetti responsabili del medesimo reato in ragione del diverso status di cittadino o di soggetto che illegittimamente si trovi sul territorio nazionale, in questo prescindendo da ogni valutazione che giustifichi l'aumento di pena in ragione di una maggiore pericolosità del soggetto”*.<sup>33</sup>

Per tali ragioni, la critica all'aggravante della clandestinità risiede nel fatto che la valutazione non è sul fatto ma sulla condizione soggettiva dell'autore del reato.

Inoltre, è stato sostenuto che la clandestinità del soggetto non potrebbe essere ricollegata automaticamente ad un elemento soggettivo in quanto nello stesso non si può identificare la possibilità di una maggiore pericolosità.<sup>34</sup>

A fronte di tali critiche, è stata sostenuta secondo altre argomentazioni la legittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità.

Infatti, l'On. Caliendo ha sostenuto che *“l'introduzione della nuova aggravante comune, relativa alla commissione del reato da parte di un soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale, non ponga di per sé problemi di compatibilità con il dettato costituzionale”*<sup>35</sup>, mentre il Ministro della Giustizia Alfano, ha sostenuto che su tale intervento legislativo non sussiste un pregiudizio etico.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Così la proposta di questione pregiudiziale QP1 a firma del sen. Zanda (PD) e altri, presentata all'Assemblea del Senato, e ivi respinta, nella seduta dell'11 luglio 2008, che può leggersi, in allegato al resoconto della seduta, in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>34</sup> Così la proposta di questione pregiudiziale QP2 a firma del sen. Li Gotti (IdV) e altri, anch'essa presentata all'Assemblea del Senato e ivi respinta nella seduta dell'11 luglio 2008

<sup>35</sup> Cfr. l'intervento del Sottosegretario Caliendo nella seduta del 4 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera.

<sup>36</sup> Cfr. l'intervento del Ministro Alfano nella seduta del 3 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera

Ulteriori interventi volti a controbattere la sostenuta incostituzionalità proclamata dall'opposizione, hanno avuto ad oggetto argomentazioni differenti.

Un primo orientamento maggioritario ha sostenuto che non si parlerebbe di un'aggravante incidente sul profilo soggettivo in quanto non riguarderebbe lo status del soggetto, ma la sua condotta ricollegabile al fatto di non aver oggettivamente rispettato la normativa che dispone il soggiorno legale nel nostro paese.

In quest'ottica, l'on. Bocchino ha sostenuto che *“non puniamo [gli immigrati 'clandestini'] per quello che sono, ma puniamo per quello che hanno fatto, cioè per essere entrati in modo irregolare all'interno di un Paese che ha delle leggi e che ha sottoscritto dei trattati internazionali”*.<sup>37</sup>

Allo stesso modo si sono registrati gli interventi del Sottosegretario all'Interno Mantovano: *“la norma in questione punisce una condotta – e non un semplice status – consistente nella violazione delle regole relative al regolare ingresso nel territorio dell'Unione Europea”*<sup>38</sup>;

L'on. Santelli ha ugualmente affermato che *“definire l'aggravante per la clandestinità una sorta di 'aggravante d'autore' [...] oggettivamente mi sembra non solo fuori luogo, ma non risponde in nulla a quanto è scritto in questo testo [...]: il presupposto che sta alla base dell'aggravante [infatti] non è una condizione soggettiva, ma il dato oggettivo della violazione di legge”*.<sup>39</sup>

A queste osservazioni si aggiunge quanto sostenuto dall'on. Bertolini : *“se in questo Paese si può entrare con un permesso regolare, chi entra senza documenti e senza permesso evidentemente non lo poteva fare. Ciò non rappresenta un modo di essere o una caratteristica personale, ma è semplicemente un comportamento vietato dalle nostre leggi”*.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Così l'intervento dell'on. Bocchino nella seduta della Camera del 15 luglio 2008

<sup>38</sup> Così l'intervento del Sottosegretario Mantovano nella seduta del 7 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera. Di analogo tenore l'intervento del Sottosegretario alla Giustizia Caliendo, nella seduta del Senato del 17 giugno 2008 (antimeridiana)

<sup>39</sup> Così l'intervento dell'on. Santelli nella seduta della Camera dell'11 luglio 2008.

<sup>40</sup> Così l'intervento dell'on. Bertolini nella seduta della Camera dell'11 luglio 2008.

La possibilità di escludere il carattere soggettivo dell'aggravante si ravvisa nell'ultima modifica intervenuta in Senato al momento della conversione del "*Decreto sicurezza*".

Come già visto nel paragrafo precedente, il testo originario dell'art. 61 n. 11 bis c.p. collegava l'aggravamento di pena dalla circostanza che "*il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale*"; il testo emendato dalla legge di conversione, come si sa, fa invece dipendere l'aggravamento di pena da "*l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*".

Dai lavori preparatori<sup>41</sup> si può notare come tale modifica vada ad interessare un profilo di armonizzazione in quanto la disciplina delle aggravanti deve avere in considerazione le modalità di compimento dell'azione o alle finalità della stessa, e non la condizione del soggetto agente.

Come abbiamo già potuto notare, l'ultima modifica, sebbene intervenuta, non ha raggiunto i risultati sperati in quanto il riferimento testuale è pur sempre legato ad una condizione soggettiva del soggetto agente.<sup>42</sup>

Persiste la problematica sulla valutazione di ragionevolezza di una previsione di un'aggravante per gli immigrati stranieri che, allorché commettono un reato, si trovano nella condizione di persone illegalmente presenti sul territorio nazionale: a questo punto occorre chiarire come si giustifichi la maggior pena per gli autori di reato che si trovano in quella condizione.

Non certo, come pure è stato detto <sup>43</sup>, in considerazione del fatto che essi hanno violato la disciplina sull'ingresso e il soggiorno nello Stato: la violazione di quella disciplina giustifica la pena per l'introducendo reato di immigrazione clandestina, non anche l'aumento di pena

---

<sup>41</sup> Cfr. la Relazione del Servizio Studi del Senato sul disegno di legge A.S. n. 692-B,32, che può leggersi in [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>42</sup> L.FRIGO, Gli eccessi nella repressione penale sono controproducenti per la sicurezza, in Guida dir. 2008, n. 33,12

<sup>43</sup> E. APRILE, Trattamento penale aggravato per lo straniero, cit.,15.

per il diverso reato commesso dall'immigrato irregolare, che, per come è formulata l'aggravante, può non avere nulla a che fare con la sua presenza illegale sul territorio nazionale (si pensi ancora, tra i molti possibili, all'esempio dell'ingiuria proferita durante una banale lite legata alla circolazione stradale).

Lo ha d'altra parte riconosciuto, in seno alla maggioranza, l'on. Pecorella il quale ha affermato che *“la presenza illegale nel territorio dello Stato è di per sé uno status di illiceità, e [...] la precarietà delle condizioni di vita e la diversità di cultura possono certamente determinare un legame tra il predetto status e la commissione di molti reati. Tuttavia, non può dirsi che sia sempre così, poiché vi sono molti reati, come quelli che sono commessi nel contesto familiare, che prescindono completamente dalla presenza illegale del soggetto sul territorio.”*<sup>44</sup>

Un secondo e diverso gruppo di interventi di esponenti della maggioranza parlamentare non ha messo in discussione il carattere soggettivo dell'aggravante, ma ha tentato di giustificare la previsione alla luce di una ritenuta maggiore pericolosità del clandestino, rispetto a quella del cittadino italiano o dello straniero regolare.

Si legge nei lavori parlamentari, ad esempio, che un'esponente della maggioranza, *“pur rilevando che la norma formerà oggetto di giudizio di legittimità costituzionale”*, ha ritenuto *“non peregrina la scelta del Governo [di introdurre l'aggravante in esame], essendo un dato di comune evidenza che la pericolosità sociale di un clandestino sia superiore rispetto a quella di chi sia regolarmente identificato”*.<sup>45</sup>

Su tale base, quindi, il soggetto presente illegalmente sul territorio statale avrebbe più probabilità di commettere un reato e quindi l'aggravante si porrebbe in un quadro preventivo.

---

<sup>44</sup> Così l'intervento dell'on. Pecorella nella seduta del 3 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera

<sup>45</sup> Così l'intervento del sen. Pastore (PdL) nella seduta del 3 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato.

Proprio per questo motivo, rifacendosi a dati empirici derivanti dalle statistiche menzionate nel primo capitolo, ci sono delle ragioni per credere che effettivamente la condizione di clandestinità vada ad incidere sulle statistiche dei reati.

Andando a guardare il Rapporto sulla criminalità in Italia del Ministero dell'Interno del 2007, si evince come nel 2006, tra gli stranieri denunciati per omicidio doloso consumato il 74% è irregolare, e la percentuale sale al 79% per le rapine e all'88% per i furti con destrezza<sup>46</sup>.

Sono state infatti sollevate diverse obiezioni. Una prima attiene al fatto che tali dati riferiscono genericamente agli stranieri irregolari: tanto agli overstayers quanto ai clandestini.

Non potrebbero, quindi, essere usati per sostenere la maggiore pericolosità dei clandestini in quanto non si riferiscono unicamente agli stessi.

A ciò si aggiunge il fatto che le statistiche mostrano che uno straniero irregolare ogni tre è un clandestino<sup>47</sup>: un dato evidenziato, nel corso dei lavori parlamentari, dal Capo della Polizia Manganelli, durante la sua audizione informale del 29 maggio 2008 davanti alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato <sup>48</sup>, ma che non ci risulta sia stato fino ad oggi messo a frutto nelle indagini statistiche e sociologiche sulla criminalità degli immigrati.<sup>49</sup>

A tale obiezione se ne aggiunge un'altra avente ad oggetto la compatibilità dell'aggravante in questione con i principi che disciplinano il diritto penale.

Infatti, in tale materia, la responsabilità è personale (art. 27, co. 3 Cost.) e quindi, il giudizio sulla pericolosità di una determinata persona non ammette presunzioni di sorta: nessuna

---

<sup>46</sup> Cfr. il Rapporto sulla criminalità in Italia del 2007, curato dal Ministero dell'Interno, 361, tab. IX.19.

<sup>47</sup> Cfr. il citato Rapporto sulla criminalità in Italia, 336

<sup>48</sup> Lo riferisce il sen. D'Alia (UDC), nel suo intervento nella seduta del Senato del 17 giugno 2008.

<sup>49</sup> Né il citato Rapporto sulla criminalità in Italia del 2007, né il già citato studio di Barbagli, mettono in relazione con il fenomeno della criminalità il pur rilevato dato sulla percentuale di veri e propri clandestini sul totale degli immigrati irregolari.

indagine statistica, per quanto accurata, può consentire al giudice di presumere la pericolosità di un immigrato dalla mera circostanza della sua presenza illegale sul territorio nazionale, prescindendo cioè da una valutazione riferita al caso concreto: a quell'immigrato irregolare (alla sua persona).

Se ne ha conferma gettando lo sguardo sui principali luoghi dell'ordinamento penale nei quali viene in rilievo, per finalità diverse, il giudizio sulla pericolosità dell'autore di un reato (o di un c.d. quasi reato), cioè sulla probabilità o possibilità che questi in futuro torni a commettere reati.

Mediante la legge Gozzini del 1986, tale divieto è stato sancito nell'ambito delle misure di sicurezza; prima di tale intervento, la Corte Costituzionale si è più volte pronunciata sul superamento di tale pericolosità presunta avendo ad oggetto la questione del minore non imputabile;<sup>50</sup> al prosciolto per infermità di mente<sup>51</sup>; al seminfermo di mente<sup>52</sup>.

Tali presunzioni, sono state considerate prive di fondamento in quanto non basate su argomentazioni oggettive e ricavate da massime di esperienza o dati statistici che secondo i quali ci sarebbero state delle buone probabilità di delinquere.<sup>53</sup>

Successivamente all'abrogazione dell'art. 204 c.p. la Corte ha affermato che "in seguito all'adozione dell'art. 31 della legge 10 ottobre 1986 n. 663 vige [nell'ordinamento penale] il principio che "tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa" e, in applicazione di questo principio, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 86, co. 1 t.u. l. stup., nella parte

---

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost. 20 gennaio 1971 n. 1, in *Giur. Cost.* 1971,1 s., con nota di VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*

<sup>51</sup> Cfr. Corte cost. 27 luglio 1982 n. 139, in *questa Rivista* 1982, p. 1585 s., con nota di MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*.

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost. 28 luglio 1983 n. 249, in *questa Rivista* 1984, p. 460 s., con nota di GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale (a proposito della sentenza n. 249 del 1983)*

<sup>53</sup> *Prima dell'abrogazione dell'art. 204 c.p., infatti, la giurisprudenza della Corte accettava in via di principio le presunzioni di pericolosità, ma le riteneva ragionevoli solo in quanto fondate su "valutazioni obiettive ed uniformi desunte dalla comune esperienza". Cfr. ad es. Corte cost. n. 1/1971, cit.; Corte cost. 15 giugno 1972 n. 106, in *Giur. cost.* 1972,1203 s., con note di FALZONE e di VASSALLI. V.*



in cui non subordinava all'accertamento in concreto della sussistenza della pericolosità sociale l'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero condannato per reati in materia di stupefacenti.<sup>54</sup>

E oggi è scolpito a chiare lettere nell'art. 15 d.lgs. n. 286/1998 (t.u. immigrazione) che "il giudice può ordinare l'espulsione dello straniero [...] sempre che risulti socialmente pericoloso".

Il giudizio sulla capacità di delinquere ossia la propensione alla commissione di ulteriori reati è sciolto da presunzioni legali e basato unicamente sulle considerazioni in ordine alla persona del reo.<sup>55</sup>

Infatti, nell'ambito della commisurazione della pena, l'art. 133, co. 2 c.p. il giudice ha il compito di individuare non solo le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, ma anche quei fattori sociali specifici tra cui potrebbe quindi rientrare la condizione illegale nel quale il clandestino si trova.<sup>56</sup>

Il principio secondo cui la capacità a delinquere dello straniero illegalmente presente in Italia non può desumersi unicamente dalla mera condizione di extracomunitario privo di fissa dimora e di stabile occupazione è stato affermato dalla Corte di cassazione in tema di sospensione condizionale della pena: un beneficio che, ai sensi dell'art. 164 c.p., può essere concesso "soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati".

La Suprema Corte<sup>57</sup> ha sostenuto l'orientamento per cui la tesi secondo cui lo straniero extracomunitario, privo in Italia di fissa dimora e di stabile occupazione, sarebbe per ciò

---

<sup>54</sup> Corte cost. 24 febbraio 1995 n. 58, in *Giur. cost.* 1995, 493 s.

<sup>55</sup> *Per la concezione della capacità a delinquere intesa non già come giudizio proiettato al passato – come attitudine del soggetto al fatto commesso – bensì, alla luce di un'interpretazione conforme a Costituzione, come giudizio proiettato al futuro – come attitudine del soggetto a commettere nuovi reati – cfr. MARINUCCI-DOLCINI, Manuale di diritto penale. Parte generale, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2006, 511.*

<sup>56</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, cit.*, 511

<sup>57</sup> 4 Cass. Sez. VI 20 maggio 1998, *Citora*, in *Cass. Pen.* 1999, p. 2536. V. anche, da ultimo, Cass. Sez. VI, 10 maggio 2006, *P.*, in *Guida dir.* 2006, n. 38, p. 78 e, con motivazione, in *De Jure*

solo “tendenzialmente dedito alla consumazione di illeciti” è “del tutto arbitraria ed inaccettabile, laddove essa pretende di collegare la presunzione di pericolosità sociale a detta semplice condizione personale, in assenza di ogni altro elemento concreto di segno contrario”.

L’accesso a tali misure, previste dagli artt. 47 e s. ord. penit. (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà), è preclusa ai soggetti che si possa ritenere che, mentre vi sono sottoposti, tornino a commettere reati.

Una recente sentenza della Corte costituzionale (la n. 78 del 2007), ha affermato che la “condizione soggettiva” del “mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] di per sé non è univocamente sintomatica [...] di una particolare pericolosità sociale”.<sup>58</sup>

E in applicazione di questo principio la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di talune disposizioni dell’ordinamento penitenziario, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 27 Cost., ove interpretate (in conformità ad un non incontrovertito orientamento della Cassazione) nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo di permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l’accesso alle misure alternative alla detenzione; una preclusione che – al pari dell’aumento di pena previsto dall’aggravante in esame – si sarebbe voluta collegata in modo automatico alla condizione soggettiva di ‘clandestinità’ o, comunque, di irregolarità dello straniero.

In questo contesto si evince la relazione tra immigrazione e criminalità<sup>59</sup>, nel quale si devono necessariamente considerare altri dati che portano a sostenere, per la loro entità, un necessario legame tra tali fenomeni.

---

<sup>58</sup> Corte cost. 16 marzo 2007 n. 78, cit.

<sup>59</sup> Cfr. BIANCHI-BUONANNO-PINOTTI, *Do immigrants cause crime?*, cit.; ID., *Crimini e immigrati*, cit. Secondo i tre economisti, che hanno condotto un’indagine relativa al periodo 1990/2003, ponendo a confronto i dati ministeriali relativi al rilascio dei permessi di soggiorno con quelli emergenti dagli annuari ISTAT delle statistiche giudiziarie in materia penale, nel periodo esaminato “il numero di permessi di soggiorno in rapporto al totale della popolazione residente è quintuplicato, da meno dello 0.8 a quasi il 4 per cento. A tale crescita non è tuttavia associato alcun aumento sistematico

Nel 2002, infatti, durante il Governo Berlusconi, venne previsto un programma attraverso cui sanare la condizione di clandestinità di un consistente numero di immigrati nel nostro paese.

Tale fenomeno ha avuto ad oggetto quei soggetti che nel nostro paese, sebbene soggiornanti illegalmente, svolgevano mansioni lavorative come badanti e colf e disponevano di un'abitazione.<sup>60</sup>

In questo modo, si è posto nell'ambito parlamentare, il problema di equiparare tali situazioni, apparentemente del tutto prive di quella ricordata pericolosità sociale a quelle invece proposte dalla maggioranza che sosteneva l'introduzione dell'aggravante della clandestinità.<sup>61</sup>

### **§ III Ambito soggettivo e oggettivo di applicazione : questioni aperte**

In questo paragrafo saranno esaminate in maniera puntuale i limiti dell'aggravante di clandestinità attraverso un approccio di tipo induttivo. Risultando difficile un'analisi di carattere sistematico si è ritenuto di individuare alcune specifiche aporie di carattere logico che meglio di altre rappresentano la scarsa coordinazione della norma varata con il sistema penale nel suo complesso, sia per quanto riguarda la dicotomia aggravante di clandestinità

---

*della criminalità, che mostrerebbe invece una lieve flessione. A livello nazionale, dunque, non emerge alcuna correlazione significativa tra immigrazione e criminalità". Una simile correlazione viene invece registrata dai tre economisti a livello locale (nelle province italiane che hanno attratto un maggior numero di immigrati in rapporto alla popolazione) "esclusivamente" in relazione ai reati contro il patrimonio.*

<sup>60</sup> Lo riferisce l'Adoc, sindacato dei consumatori, in una nota del 23 dicembre 2008 pubblicata in [www.adoc.org](http://www.adoc.org), nella quale si critica la decisione del Governo di riservare solo 105.400 posti per colf e badanti nel 'decreto flussi' 2008 (D.P.C.M. 3 dicembre 2008, recante "Programmazione transitoria dei flussi d'ingresso dei lavoratori extracomunitari non stagionali nel territorio dello Stato per l'anno 2008"). In particolare, secondo una ricerca dell'Adoc, su 1.700.000 badanti presenti in Italia – in gran parte provenienti dall'Est europeo ma anche dal Sud America e dalle Filippine – solo 650.000 sono regolarizzate. In 1.050.000 famiglie italiane vivono pertanto badanti irregolari. Cfr. l'articolo *Badanti: senza sanatoria nessuna assistenza per 600.000 anziani*. Per Adoc è grave danno sociale, pubblicato il 13 maggio 2008 in [www.adoc.org](http://www.adoc.org).

<sup>61</sup> L'irragionevole discriminazione tra stranieri irregolari, da noi evocata nel testo, è stata rilevata in due delle citate ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale: Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, cit.; Trib. Livorno ord. 3 novembre 2008.

– principi generali di diritto costituzionale ed europeo sia quella tra aggravante di clandestinità e norme specifiche, quali ad esempio quelle relative ai minori.

Nell'ultimo punto di questo primo paragrafo si cercherà, attraverso un approccio di carattere induttivo di sintetizzare gli elementi più importanti che caratterizzano l'aggravante di clandestinità come una disposizione fundamentalmente estranea all'evoluzione del diritto penale contemporaneo.

### *§ III.1 La questione dell'aggravante nel tempo.*

L'aggravante di clandestinità si applica laddove, al momento della commissione del fatto, il reo si trovi irregolarmente nel territorio statale.

Data questa configurazione della normativa la valutazione sull'irregolarità del soggiorno dovrà riguardare il tempus commissi delicti, poiché non rileva il fatto che, successivamente alla commissione del reato, il colpevole abbia ottenuto il permesso di soggiorno.

Quanto detto è stato affermato in sede giurisprudenziale dove nell'analisi della successione di leggi nel tempo, le sezioni unite della Cassazione <sup>62</sup> hanno affermato che l'ingresso della Romania nell'Unione Europea a partire dal 1° gennaio 2007 non determina il venir meno della punibilità ex art. 14, co. 5 ter T.U. 286798 dei cittadini romeni che, prima di quella data, erano stati accusati di quel reato.

Allo stesso tempo, l'acquisto della cittadinanza comunitaria non sottrae i romeni alla responsabilità per reati inerenti il T.U. immigrazione commessi anteriormente all'ingresso del loro paese nell'U.E.; infatti, l'irregolarità del soggiorno rileva penalmente, anche se successivamente tale condizione soggettiva cessa, dovendo guardare alla condizione soggettiva al momento della commissione del reato.

---

<sup>62</sup> Cass. Sez. Un., sent. N. 2451 del 27/09/2007.

### § III.2 *L'aggravante di clandestinità e la questione dei minori.*

Più complessa risulta essere la questione sulla possibilità di applicare tale aggravante ai minori stranieri, laddove sprovvisti del permesso di soggiorno.

Secondo parte della dottrina, tale aggravante non dovrebbe applicarsi per tali ragioni logiche-normative: i minori non sono passibili di espulsione ai sensi dell'art. 19, co. 2, lett.

a) T.U. 286/98, infatti, a loro deve essere rilasciato un permesso di soggiorno quantomeno per minore età.<sup>63</sup>

Tra le deroghe apportate alla disciplina dell'immigrazione, in nome della tutela del minore, vi è infatti quella del divieto di espulsione (art. 19 del d.lgs 286/1998), salvo che questa misura sia disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato (art. 13 comma 1).

A prescindere dall'essere entrato irregolarmente, il minore ha infatti diritto di soggiornare sul territorio dello Stato, usufruendo di uno speciale permesso di soggiorno temporaneo, proprio per consentire quegli interventi protettivi che il legislatore ha introdotto in attuazione della Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo (ratificata dall'Italia con la L. 176/1991): "Da ciò consegue che l'aggravante in esame o non può essere contestata agli autori dei reati extracomunitari irregolari minorenni, perché per essi la permanenza nel territorio nazionale è comunque consentita, o che, ove contestata, contrasterebbe in modo insanabile con la disciplina in materia di immigrazione minorile che, infatti, nel minore straniero irregolare vede un soggetto vulnerabile da proteggere e non una minaccia per lo Stato".

Le problematiche connesse con la contestabilità sia dell'aggravante, ma ancora di più della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale ai minorenni, apre scenari inquietanti. Le

---

<sup>63</sup> ANTONINI E., Le novità del "pacchetto sicurezza" (prima parte). Le altre modifiche al codice penale, in *Diritto penale e processo*, 2008, n. 11, 1362

questioni coinvolte non attengono solo alla competenza giurisdizionale, che nel caso dei minori è sempre del Tribunale ad hoc e non certo del Giudice di pace, come previsto in via generale per il reato di “clandestinità”, ma anche problematiche sostanziali. L’esigenza di una lettura coordinata delle norme costituzionali e convenzionali e di un’interpretazione adeguatrice del dettato normativo appare più che mai necessaria. Il minore straniero che si trova nel territorio nazionale in stato di abbandono, anche se privo dei documenti attestanti la regolarità dell’ingresso e del soggiorno, necessita di protezione, in conformità alla legislazione nazionale in materia di adozione, affidamento e interventi urgenti.

Anche nel caso di minore accompagnato, la configurabilità del reato è inoltre messa in dubbio dal fatto che sarebbe carente l’elemento psicologico della contravvenzione “essendosi verosimilmente il minore affidato a soggetti adulti e, verosimilmente, a legittime aspettative di tutela”.

### ***§ III.3 L’aggravante di clandestinità e il ne bis in idem sostanziale:***

L’aggravante in questione ha natura di tipo comune, ciò significa che la stessa può essere applicata a qualsiasi reato.

Secondo il testo dell’art. 61 c.p. vi è la condizione per cui l’applicabilità di tutte le circostanze ivi indicate non devono essere già elementi costitutivi del reato cui accedono, ciò al fine di impedire che il medesimo elemento di fatto sia soggetto a duplice valutazione: della circostanza e della fattispecie autonoma.

Da ciò deriva la conseguenza che tale aggravante non si applicherà a tutte quelle fattispecie penali che già prevedono un trattamento sanzionatorio autonomo per la condotta del

soggetto immigrato nel nostro paese in maniera irregolare e che si ritrovano nel T.U. agli artt. 10 bis, 13, commi 13 e 13 bis; 14 co. 5 ter e quater.<sup>64</sup>

A questo punto potrebbe essere utile compiere una breve digressione per meglio chiarire il funzionamento di queste disposizioni. Un esempio concreto potrebbe essere rinvenuto nel caso di un soggetto che soggiorni irregolarmente nel nostro paese e che venga perseguito penalmente per il reato di spaccio di sostanze stupefacenti.

In tale caso, le ipotesi che possono configurarsi sono le seguenti:

- a) Spaccio aggravato dall'art. 61, n. 11 bis c.p., in concorso col reato di irregolarità del soggiorno (art. 10 bis) o dell'art. 14, co. 5 ter ( se lo straniero è già stato espulso).
- b) Spaccio aggravato dal 61, n. 11 bis, con assorbimento del reato di irregolarità del soggiorno nell'aggravante.
- c) Spaccio – non aggravato – in concorso con il 10 bis o il 14, co. 5 ter ( se l'imputato è già stato espulso). Se l'imputato non è mai stato espulso, quindi non è inottemperante all'ordine del questore, non può rispondere di spaccio aggravato dalla "clandestinità" e del reato di ingresso e soggiorno illegale, in tal caso si violerebbe il ne bis in idem perché lo stesso fatto – irregolarità del soggiorno – costituirebbe sia un autonomo reato che un'aggravante.

In tal caso soccorre la disciplina del reato complesso di cui all'art. 84 c.p.: quando un fatto costituente reato (il soggiorno irregolare) è previsto come circostanza aggravante di un altro reato (nell'esempio l'aggravante di clandestinità che aggrava lo spaccio), si applica solo il reato circostanziato.

---

<sup>64</sup> LORUSSO S., Strappi e scorciatoie nel trattamento processuale del migrante clandestino, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 8 - Allegato 1, 50.

Nell'ipotesi in cui il soggetto irregolarmente presente sul territorio nazionale delinqua, ci si trova dinanzi ad una circostanza comune che non determina nessun giudizio di disvalore specifico rispetto ad un determinato reato.<sup>65</sup>

Tale aggravante non riguarda nello specifico una condotta delittuosa o contravvenzionale, in quanto è un'aggravante soggettiva attinente ad una condizione personale.

Laddove si aderisse a tale ipotesi non si determinerebbero le condizioni del reato complesso e si potrebbe applicare lo spaccio e il 10 bis, arrivando a disapplicare l'aggravante, determinando dei vantaggi per l'imputato per quanto attiene al trattamento sanzionatorio.<sup>66</sup>

Tale conseguenza viene ammessa anche laddove il soggetto straniero sia già stato espulso e commetta un ulteriore reato.

Infatti, egli, nel momento in cui riceve un ordine di allontanamento del questore al quale non ottempera senza un giustificato motivo, laddove dovesse compiere un furto, non gli verrà contestato l'art. 14, co. 5 ter, e il 624, 625 aggravato dal 61 n. 11 bis c.p., per il motivo che, laddove si procedesse a tale imputazione, si lederebbe il ne bis in idem sostanziale, ponendosi direttamente in contrasto con il suddetto principio la cui pregnanza è stata compiutamente elaborata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.<sup>67</sup>

Questa situazione deriva dall'impossibilità di cumulare le fattispecie contestate, vale a dire la mancata esecuzione dell'obbligo di allontanamento disposto dal questore e l'irregolarità del soggiorno. Se non si tenesse conto del principio di ne bis in idem sostanziale si verrebbe a determinare un cumulo delle fattispecie penali applicabili con la conseguenza che

---

<sup>65</sup> FERRAJOLI L., La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della legge n. 94/2009), in *Questione Giustizia*, 2009, n. 5, p. 13

<sup>66</sup> BARBAGLI M., Immigrazione e sicurezza in Italia, *Bologna*, 2006, p. 38.

<sup>67</sup> BELGIORNO, E. M., Il principio del ne bis in idem: Analisi degli aspetti interni ed internazionali, *Key Editore*, 2016, p. 59



l'irregolarità del soggiorno viene a costituire allo stesso tempo sia un'aggravante del furto che un elemento costitutivo dell'art. 14 co. 5 ter T.U.

Nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una mancata esecuzione dell'ordine disposto dal questore per rispettare il principio del ne bis in idem sostanziale non si fa luogo all'applicazione dell'aggravante di clandestinità, ma si contesta, quindi, il reato di furto senza l'aggravante della clandestinità e contestualmente l'inottemperanza all'ordine del questore.

La conclusione della nostra analisi è che la problematica del reato complesso emerge solo nel momento in cui uno straniero irregolare, non ancora espulso, compia un reato che non sia ricompreso tra quelli elencati all'art. 14 né di quelli dell'art.13 T.U.

A fianco della questione sin qui trattata, del ne bis in idem sostanziale, si pone, il diverso, ma contestuale problema dei rapporti tra giudizio amministrativo e giudizio penale. Questa problematica emerge laddove il soggetto irregolarmente residente sia stato in possesso di un regolare permesso di soggiorno, il che pone il problema del sindacato del giudice penale sul corretto svolgimento del procedimento amministrativo che ha inciso sul permesso di soggiorno e di conseguenza sull'irregolarità della permanenza andando quindi ad incidere anche sull'aggravante.<sup>68</sup>

In tale ambito, non si ravvisano orientamenti della giurisprudenza che hanno visto una sorta di limitazione del potere del giudice penale di porre in essere tale sindacato.

---

<sup>68</sup> *ARDITA S.*, Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su immigrazione e sicurezza, *in Cassazione penale*, 2008, 1727.

### **§ III.4 Il profilo soggettivo del reato.**

Per quanto attiene al profilo soggettivo, l'aggravante in questione deve ravvisarsi in una sorta di pericolosità presunta nei confronti del soggetto che è presente in maniera irregolare nel territorio statale, a patto che ponga in essere delle condotte penalmente rilevanti e che siano diverse dalla condizione di irregolarità nella quale versa.<sup>69</sup>

Un ulteriore elemento soggettivo va ravvisato nella consapevolezza da parte del soggetto imputato di tale status, allo stesso modo del latitante, per potersi applicare l'aggravante in questione.

Essa viene infatti esclusa laddove la condotta conforme alla normativa sia inesigibile come nei casi in cui si basa su un giustificato motivo.

Infatti, tale condizione porta ad escludere la responsabilità per il reato di cui all'art. 14, co. 5 ter T.U.

Anche la dottrina si è espressa in tale contesto determinando una sorta di orientamento compromissorio riguardo alla pena; infatti, sul giudice grava il compito di individuare il nesso sussistente tra clandestinità e reato in questione o tra clandestinità ed effettiva propensione a delinquere del soggetto imputato.<sup>70</sup>

## **Conclusioni**

La farraginosità di questa soluzione dottrinale spiega meglio di ogni altro esempio la fondamentale assenza di logicità nella previsione. L'aggravante viene a costituire una forma di responsabilità oggettiva aggravata per i soggetti residenti irregolarmente sul territorio

---

<sup>69</sup> ZAZA C., *Le circostanze del reato. Elementi generali e circostanze comuni*, I, Padova, 2002,102.

<sup>70</sup> DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983,34

nazionale. Alternativamente si può immaginare di richiedere una vera e propria consapevolezza dell'irregolarità del soggiorno. E tuttavia questo collide fundamentalmente con il principio per cui l'ignoranza della legge non esime il soggetto dalla sua responsabilità. La verità, ci pare di dover concludere, è che l'uso di uno strumento di diritto penale mal si adatta a reprimere quello che è sostanzialmente un illecito amministrativo.

### *§ III.5 Gli effetti dell'aggravante sul piano sanzionatorio*

Tornando al dato normativo, si ricorda come ad aggravare il reato sia la commissione del fatto da parte del colpevole mentre lo stesso si trovi illegalmente nel territorio dello Stato.

Inizialmente, il testo legislativo prevedeva come formulazione che il fatto dovesse essere commesso da soggetto che si trovasse illegalmente sul territorio nazionale.

La diversa formulazione è stata indirizzata al fine di armonizzare tale aggravante per quanto attiene le modalità di azione e non la condizione soggettiva dell'agente.

La modifica in analisi riguarda unicamente la terminologia in quanto, a prescindere dalla sua diversa formulazione e dallo sforzo da parte del legislatore di renderla più oggettiva, l'aggravante risulta identica a quella prevista inizialmente.

Ciò in quanto l'aggravante in questione si applica nel momento in cui si determina la condizione personale del soggetto reo ossia quella di essere irregolarmente presente sul territorio dello Stato nel momento in cui commette il fatto previsto dalla legge come reato.

Nel testo originario non sussisteva la differenza tra soggetti appartenenti alla comunità europea e coloro che non vi appartenevano e questo determinava la possibilità che

l'aggravante in questione si applicasse anche ai soggetti appartenenti alla comunità europea che non fossero in regola con la disciplina del loro soggiorno prevista dal d. lg. 30/2007.<sup>71</sup>

Successivamente, con l'introduzione del pacchetto sicurezza 2009, si è specificato come l'aggravante si applichi esclusivamente ai cittadini che non appartengono all'Unione europea.

Questa specificazione è avvenuta in quanto la disposizione precedente risultava chiaramente contraria al principio europeo relativo alla libertà di stabilimento e sarebbe quindi stato in letterale contrasto con l'articolo 117 della Costituzione, con la giurisprudenza europea *Costa c. Enel*, che sancisce la preminenza del diritto europeo su quello nazionale, prima ancora di un'analisi nel merito, relativa alle questioni di carattere più sostanziale, oggetto della trattazione della presente tesi.

Poiché tale aggravante riguarda un profilo soggettivo, ed essendo la stessa comune, può applicarsi ad un reato tanto doloso quanto colposo, sia ad un delitto che ad una contravvenzione e determina un aumento di pena sino a un terzo.

A tale conseguenza ordinaria, la legge 125/08 ha configurato un'ulteriore novità ossia è stato rivisto l'art. 656, co, 9, c.p.p. aggiungendo anche i delitti in cui "ricorre" tale aggravante all'elenco di quelli per cui non si procede alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, quando la stessa non supera i tre anni.<sup>72</sup>

La terminologia impiegata determina una condizione preclusiva della sospensione dell'esecuzione laddove la stessa operi anche quando l'aggravante risulti equivalente o soccombente rispetto ad eventuali attenuanti.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> DOLCINI E., La recidiva riformata, Ancora più selettivo il carcere in Italia, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 515 s

<sup>72</sup> DELLA BELLA A., L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero, in *Cassazione penale*, 2008, 4795

<sup>73</sup> PECCIOLI A., La clandestinità come circostanza aggravante, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 8 - Allegato 1 *Speciale Immigrazione*, 42.

Tale condizione si determina in maniera automatica nel momento in cui si ravvisa tale aggravante e prescinde dal bilanciamento operato in sede processuale il quale va ad incidere solo ai fini della determinazione della misura della pena, ma non esclude affatto che la circostanza in esame appunto ricorra.

Questo porta come conseguenza un forte accrescimento delle presenze carcerarie laddove non sia possibile prevedere delle misure alternative al carcere.

La Corte Costituzionale si è espressa a riguardo con la sentenza n.78/2007 con cui ha sostenuto che l'irregolarità in cui versa lo straniero non determini l'impossibilità per lo stesso di accedere a misure alternative ed essendo possibile disporre le stesse.

A ciò si obietta quale sia la ratio di un dettato normativo che preveda la possibilità di far iniziare la pena detentiva inizialmente in carcere e successivamente al di fuori dello stesso?<sup>74</sup>

### ***§ III.6 Il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva***

Questo paragrafo necessita di un'analisi specifica del dettato legislativo in quanto è attraverso lo stesso che si può individuare come operi il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva; infatti art. 2 lettera m) del d.l. 23.05.2008 n. 92, concernente "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica" (c.d. Decreto sicurezza), aveva modificato l'art. 656 comma 9 lettera a) c.p.p. escludendo la possibilità di sospendere l'esecuzione della pena detentiva anche nei confronti dei condannati per i delitti di cui agli art. 423-bis c.p. (incendio boschivo), 600-bis c.p. (prostituzione minorile), 624-bis c.p. (furto in abitazione e furto con scasso) e 628 c.p. (rapina non aggravata).<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> PLANTAMURA V., La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale, in LORUSSO S. (a cura di), Le nuove norme sulla sicurezza pubblica, Padova, 2008, 274.

<sup>75</sup> Di PIETRO F., Prime considerazioni sulle norme del cd. pacchetto sicurezza riguardanti la condizione dello straniero, in <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010568.aspx>.

L'art. 2 lettera m) della legge 24.07.2008 n. 125, di conversione con modificazioni del predetto decreto legge, ha escluso, tra il catalogo dei delitti per i quali sussiste il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, quelli di cui agli artt. 600-bis c.p. e 628 c.p., includendovi, invece, il delitto di furto (art. 624 c.p.) in presenza di due o più aggravanti tra quelle indicate dall'art. 625 c.p. nonché tutti i delitti in cui "ricorre" l'aggravante prevista dall'art. 61 comma 1 n. 11-bis) c.p.

Per concludere il raffronto tra le previsioni originarie del decreto-legge e quelle della legge di conversione, occorre notare come il reato di cui all'art. 600-bis primo comma c.p. è, comunque, compreso, tra quelli contemplati dall'art. 4-bis O.P.

Venendo, ora, all'esame dei nuovi divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, introdotti dalla legge n. 125/2008, occorre evidenziare come sia stato affermato, in dottrina, che *"il legislatore, sospinto da esigenze più o meno contingenti, anziché tracciare un disegno complessivo coerente, come poteva essere quello al quale egli aveva fatto riferimento richiamando la disposizione di cui all'art. 4-bis ord. pen., che, come noto, contempla un elenco di reati rispetto ai quali opera il divieto di concessione dei benefici, si è affidato ad un approccio casistico, completamente svincolato dal sistema contenuto nell'ordinamento penitenziario continuando, peraltro, quel processo di smantellamento dell'impianto già intrapreso dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251"*.<sup>76</sup>

Ciò ricordato, deve, quindi, essere subito evidenziato un dubbio interpretativo attinente alla fattispecie della condanna per il delitto di furto in presenza di due o più aggravanti tra quelle indicate dall'art. 625 c.p.

In proposito occorre, infatti, osservare come non risulti evidente se il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva sussista, oltre che nel caso in cui ricorrano due o più delle circostanze aggravanti contemplate nei numeri da 1) a 8) del primo comma dell'art.

---

<sup>76</sup> P.DIDDI, Norme in materia di sequestri ed esecuzione penale, in SCALFATI, Il decreto sicurezza (a cura di), Torino, 2008, 141.

625 c.p., anche nell'ipotesi prevista dal secondo comma dello stesso articolo 625 c.p. e cioè quando una di dette aggravanti concorra con altra fra quelle indicate dall'art. 61 c.p.

Sul punto, va, innanzitutto, rilevato che, rinviando genericamente l'art. 2 lettera m) della legge n. 125/2008 a tutte le aggravanti previste dall'art. 625 c.p., appare maggiormente fondata l'opzione interpretativa a tenore della quale il divieto in esame sussiste anche ove una delle aggravanti ad effetto speciale in oggetto concorra con un'aggravante comune.

Tale conclusione appare, poi, confermata dal fatto che il secondo comma dell'art. 625 c.p. equipara, quanto a trattamento sanzionatorio e quindi a gravità, le due ipotesi sopra descritte.

Ulteriore e più complessa questione interpretativa è quella costituita dal significato da attribuire all'espressione "ricorre" utilizzata dal legislatore in riferimento tanto alle predette aggravanti quanto all'aggravante comune e ad effetto comune contemplata dall'art. 61 comma 1 n. 11-bis) c.p., introdotta proprio dalla legge n. 125/2008, con l'art. 1 lettera f).<sup>77</sup>

In proposito deve, innanzitutto, essere evidenziato che, conformemente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alla recidiva, trattandosi di circostanze aggravanti, le stesse dovranno, per poter produrre l'effetto di precludere la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, essere state ritualmente contestate.<sup>78</sup>

Di contro, appare sostenibile che, una volta contestate, le aggravanti in questione produrranno il ricordato effetto preclusivo anche qualora siano state ritenute, nel giudizio di bilanciamento operato ai sensi dell'art. 69 c.p., subvalenti rispetto ad una o più circostanze attenuanti con esse concorrenti. Al riguardo occorre, infatti, osservare come nel caso da ultimo menzionato, operando il ricordato bilanciamento soltanto *quoad poenam*, le aggravanti in oggetto sono certamente ricorrenti, con la conseguenza che il nuovo divieto

---

<sup>77</sup> In giurisprudenza Cass. pen., sez. IV, 19.09.2006; in dottrina, FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte speciale, II, Bologna, 2002,75.

<sup>78</sup> M. APRILE, Trattamento penale aggravato per lo straniero, in SCALFATI, Il decreto sicurezza (a cura di), Torino, 2008, 15.

di sospensione non troverà applicazione soltanto nel caso di esclusione di una delle predette aggravanti.

Sul punto, va rilevato che la giurisprudenza ha raggiunto analoga conclusione, non soltanto e come già riportato, in relazione al divieto di sospensione dell'esecuzione stabilito per uno delitti contemplati dall'art. 4-bis O.P. in forma aggravata, ma anche per ciò che concerne il divieto, ex art. 16 comma 3 d.lgs. 25.07.1998 n. 286 (Testo Unico Immigrazione), di concessione della sanzione sostitutiva dell'espulsione in favore del cittadino extracomunitario condannato per uno dei delitti previsti dall'art. 407 comma 2 lettera a) c.p.p. sempre in forma aggravata.<sup>79</sup>

Ancora, va aggiunto come, di recente, la Corte di Cassazione<sup>80</sup> abbia ritenuto non applicabile il provvedimento di indulto previsto dalla legge 31.07.2006 n. 241 nel caso di condanna pronunciata per il delitto dagli artt. 73 comma 1 e 80 comma 2 d.p.r. n. 309/90 quando, nel giudizio di cognizione, la ricordata aggravante sia stata ritenuta sussistente anche se valutata, *quoad poenam*, minusvalente rispetto alle concorrenti circostanze attenuanti.<sup>81</sup>

In particolare, la Corte di legittimità ha giustificato tale soluzione valorizzando il dictum letterale dell'art. 1 comma 2 lettera b) della legge n. 241/2006 dove, diversamente da quanto stabilito dal d.p.r. 22.12.1990 n. 394 – che nel caso di specie precludeva, ex art. 3 comma 1 lettera b) n. 1, l'applicazione dell'indulto soltanto in caso di applicazione di circostanze aggravanti specifiche<sup>82</sup> – ed analogamente a quanto statuito dai provvedimenti di indulgenza antecedenti al 1990 (art. 6 comma 2 d.p.r. 4.08.1978 n. 413, art. 6 comma 2 d.p.r. 13.12.1981 n. 744 ed art. 6 comma 2 d.p.r. 16.12.1986 n. 865) ha escluso la concedibilità del

---

<sup>79</sup> Così, appunto, Cass. pen., sez. I, 21.06.2007, Bahtiri, in Riv. Pen. 5/2008, p. 594, ove, appunto, la Suprema Corte ha ritenuto corretta la decisione di rigettare la richiesta di espulsione di un cittadino extracomunitario condannato per spaccio di sostanze stupefacenti aggravato ai sensi dell'art. 80 del d.p.r. n. 309/90 anche se detta aggravante era stata considerata minusvalente rispetto alle attenuanti generiche; sull'art. 16 d.lgs. n. 286/1998

<sup>80</sup> Così Cass. pen., sez. I, 27.3.2007, Radouan Khalid, in Foro it., 2007-II, c. 525.

<sup>81</sup> M. APRILE, Più grave il reato commesso dal clandestino, in Guida al Diritto 32/2008, 89

<sup>82</sup> Cass. pen, sez. un., 18.6.1991, Grassi, in Foro it., Rep. 1992, voce Amnistia, n 82, che ha, appunto, escluso che l'aggravante in esame possa dirsi applicata in caso di bilanciamento nel senso della minusvalenza.



provvedimento di clemenza per il delitto di cui all'art. 73 d.p.r. n. 309/1990 aggravato ex art. 80 comma 1 lett. a) e/o comma 2 stesso d.p.r. nonché per il delitto dall'art. 74 d.p.r. n. 309/1990, aggravato ai sensi dell'art. 74 comma 4 o comma 5 d.p.r. n. 309/1990.

A sostegno di quanto affermato si riporta l'orientamento della Suprema corte sul divieto di cui all'art. 656 comma 9 lett. c) c.p.p. per i condannati recidivi, sia stata giustificata proprio dal riferimento, contenuto nella legge c.d. ex-Cirielli, alla necessità che la recidiva sia stata applicata dal Giudice della cognizione, applicazione che deve, appunto, essere esclusa nel caso di dichiarazione di subvalenza della recidiva stessa.

Nessun dubbio risulta, invece, prospettabile in ordine all'applicabilità del nuovo divieto di sospensione dell'esecuzione alle sentenze divenute irrevocabili antecedentemente all'introduzione del nuovo divieto.

Appare, infatti, evidente che, come ripetutamente affermato dalla Suprema Corte con riferimento all'analogo divieto previsto dall'art. 656 comma 9 lettera c) c.p.p. 22, trattandosi di norma di natura processuale la stessa non è assoggettata al divieto di irretroattività ed è immediatamente applicabile, in virtù del più volte ricordato principio *tempus regit actum*, ai procedimenti in corso.<sup>83</sup>

Ciò precisato, deve, però, essere valutato se quanto sopra esposto possa avere conseguenze per ciò che concerne la legittimità costituzionale della norma senza potere affrontare, in questa sede, l'analogia questione relativamente all'aggravante di clandestinità in sé considerata.<sup>84</sup>

Prima di affrontare detta problematica e ricordato come un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 61 comma 1 n. 11-bis c.p. comporterebbe, ovviamente, una incostituzionalità derivata anche del nuovo divieto di sospensione dell'esecuzione,

---

<sup>83</sup> L.TOVANI, Osservazioni sulla nuova circostanza aggravante dell'art. 61 n. 11-bis c.p., in *Strumentario Avvocati – Rivista di diritto e procedura penale* 2/2008

<sup>84</sup> E.ANTONINI, Le novità del "pacchetto sicurezza", in *Dir. Pen. Proc.* 11/2008, 1362.

appare opportuno ricordare la giurisprudenza tanto della Corte di Cassazione quanto della Corte Costituzionale in materia di compatibilità della condizione di straniero irregolare con la concessione di misure alternative alla detenzione.

In proposito, deve essere osservato come le Sezioni Unite della Suprema Corte, chiamate a dirimere il contrasto interpretativo creatosi al riguardo tra le divergenti pronunce della Prima Sezione, abbiano ritenuto che “dall’analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione” si desume l’applicabilità – purché ovviamente sussistano i presupposti stabiliti dall’ordinamento penitenziario – delle misure alternative alla detenzione anche ai cittadini extracomunitari entrati illegalmente nel territorio dello Stato e privi di permesso di soggiorno “per il rilievo costituzionale che rivestono, la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena”.<sup>85</sup>

L’indirizzo interpretativo sopra descritto è stato, poi, confermato dalla Corte Costituzionale che ha, appunto, dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 O.P. “ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l’accesso alle misure alternative da essi previste”<sup>86</sup>. Ha, in particolare, osservato la Corte Costituzionale che l’inapplicabilità delle misure alternative al cittadino straniero irregolare risulterebbe “collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima” e che detta applicazione di contro “non può essere esclusa a priori

---

<sup>85</sup> Cass. pen., sez. un., 28.03.2006, *Alloussi*, in *Guida al Diritto* 22/2006, p. 50

<sup>86</sup> Corte costituzionale, sentenza 05.03.2007, n. 78 in *Guida al Diritto* 17/2007, 82 ss

ed in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale del detenuto, dovendosi, per contro, formulare in concreto il richiesto giudizio prognostico attinente alla rieducazione del condannato ed alla prevenzione del pericolo di reiterazione dei reati”.

La Corte Costituzionale afferma, dunque, che la regolare o irregolare presenza dello straniero sul territorio dello Stato non legittima, di per sé, alcuna discriminazione in materia penale mentre per il legislatore, di contro, “l’irregolarità è la condizione dalla quale potersi e doversi presumersi (iuris et de iure) l’inaffidabilità dello straniero rispetto alla finalità rieducativa della pena”.<sup>87</sup>

Le considerazioni che precedono e quanto sopra esposto in ordine alla operatività del divieto in esame sulla scorta della oggettiva ricorrenza dell’aggravante di clandestinità indipendentemente dal giudizio di bilanciamento operato ex art. 69 c.p. appaiono comportare una violazione del disposto degli art. 3 e 27 della Costituzione.

Risulta, infatti, irragionevolmente discriminatorio, oltre che contrastante con la finalità rieducativa della pena, prevedere un divieto di sospensione dell’esecuzione, con conseguente necessario “passaggio” in carcere del condannato, nei riguardi dei soli cittadini stranieri (comunitari ed extracomunitari) presenti irregolarmente sul territorio dello Stato – i quali potranno poi dallo stato di detenzione beneficiare di una misura alternativa alla detenzione – anche quando la loro condizione soggettiva, costituente una circostanza aggravante, sia stata bilanciata dal Giudice della cognizione ex art. 69 c.p. e ritenuta subvalente rispetto alle attenuanti e, pertanto, non espressiva di una maggiore offensività e pericolosità sociale rispetto al caso del medesimo reato commesso da un cittadino italiano o da uno straniero regolare quanto a posizione di soggiorno.

---

<sup>87</sup> E.AMATO, Più grave il reato commesso dal clandestino, in *Guida al Diritto* 32/2008, p. 88.

Per completezza, deve essere evidenziato come le perplessità di legittimità costituzionale sopra esposte non sembrano, invece, configurabili in relazione al caso della sentenza di condanna per il delitto di furto in presenza di due o più aggravanti tra quelle indicate dall'art. 625 c.p. bilanciate nel senso della minusvalenza poiché in detta ipotesi il divieto di sospensione dipende, comunque e per così dire tradizionalmente, dalla tipologia del reato espressiva, di per sé, di una maggiore offensività della condotta criminale accertata giudizialmente.

#### **§ IV Aggravante di clandestinità: problematiche di carattere sistematico - affinità dell'art 11 con: l'“abuso di ospitalità”, la minorata difesa, la latitanza, la recidiva.**

La prima aggravante a carattere soggettivo è l'abuso di ospitalità (art. 61 n. 11 c.p.: “l'aver commesso il fatto [...] con abuso di ospitalità”).

Queste problematiche erano già state individuate addirittura in sede di esame parlamentare.

Il Sen. Mazzatorta ha a tal proposito sostenuto come “non solo le aggravanti legate a situazioni personali non sono una novità nel nostro ordinamento ma in un certo senso l'aggravante prevista dal decreto legge non fa che trasferire su un piano diverso la logica dell'aggravante prevista dal n. 11 dell'art. 61 del codice penale relativa ai reati commessi con abuso di ospitalità offerta dalle vittime”.<sup>88</sup>

Il 'clandestino', sulla base di tale ragionamento, andrebbe considerato come un ospite nel territorio nazionale che lede “il patto di ospitalità che lo Stato ha fatto con gli stranieri con

---

<sup>88</sup> Così l'intervento del sen. Mazzatorta nella seduta del 3 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato

la legge Bossi-Fini (entri regolarmente se hai un lavoro, una casa e non sei un onere eccessivo per le già esigue finanze statali e comunali)".<sup>89</sup>

Tale paragone non risulta basato su considerazioni logiche forti in quanto l'abuso di ospitalità fa riferimento alla maggiore messa in pericolo del bene giuridico che si determina attraverso questo specifico rapporto che può portare ad agevolare un soggetto al compimento di un determinato reato.

Infatti, non si potrebbe sostenere che lo Stato italiano possa ospitare un clandestino in quanto come soggetto è incapace di porre in essere questi rapporti interpersonali tutelati dalla norma in questione.

Un altro paragone effettuato per dare solidità alla tesi della compatibilità costituzionale dell'aggravante della clandestinità è quello che ha visto l'accostamento alla latitanza (art. 61 n. 6 c.p.: "l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo, in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato").<sup>90</sup>

Il Sottosegretario al Ministero dell'Interno Mantovano ha posto tale quesito "quale differenza c'è tra il sottrarsi alla carcerazione o all'espulsione?".<sup>91</sup>

Secondo questo ragionamento, le situazioni, sebbene diverse, sarebbero parificabili perché, in entrambi i casi si verrebbe meno ad un ordine dell'autorità.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Così il già citato intervento del sen. Mazzatorta nella seduta del Senato dell'11 giugno 2008.

<sup>90</sup> In dottrina hanno escluso i dubbi di costituzionalità dell'aggravante oggetto di studio sul rilievo che l'ordinamento già conosce aggravanti comuni che, come quella della 'latitanza', sono basate sullo status soggettivo del reo, AMATO, Più grave il reato commesso dal clandestino, cit., p. 88; E. APRILE, Trattamento penale aggravato per lo straniero, cit., 16/17.

<sup>91</sup> L'affermazione è così riportata in una nota del 28 maggio 2008 (Mantovano: aggravante clandestini non è discriminante), pubblicata in [www.alleanzanazionale.it](http://www.alleanzanazionale.it). Cfr. anche l'intervento del Sottosegretario Mantovano nella seduta del 7 luglio 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera, durante il quale viene condiviso un precedente intervento dell'on. Bianconi (PdL), secondo cui "l'assimilazione con la fattispecie della latitanza appare pertinente

<sup>92</sup> Cfr. l'intervista rilasciata dal Sottosegretario Mantovano il 9 giugno 2008 (Il contrario dell'intolleranza) al settimanale *Tempi*, che può leggersi in [www.tempi.it](http://www.tempi.it)

A tal proposito, la Corte di Cassazione ha giustificato l'aggravante della clandestinità sostenendo che essa si basa "nel diverso e più intenso grado di ribellione all'ordine costituito insito in colui che non si sottomette al potere coercitivo dello Stato sottraendosi ai provvedimenti restrittivi della libertà personale, e contemporaneamente commetta nuovi reati".<sup>93</sup>

A tal proposito è intervenuto il sen. Mazzatorta (Lega Nord) affermando che: "il clandestino che entra nel territorio dello Stato, senza alcun rispetto delle procedure, (...) manifesta una ribellione al potere principale di uno Stato democratico, che è quello di far rispettare le proprie frontiere (...) Ecco perché l'aggravante della clandestinità, ricollegandosi ad una condizione soggettiva di ribellione alle regole essenziali di uno Stato democratico, di ribellione alla sovranità dello Stato, è legittima dal punto di vista costituzionale"; "chi non rispetta le nostre frontiere, chi non rispetta le nostre regole d'ingresso e di soggiorno, chi, in virtù della sua condizione di clandestinità, mette a rischio la sicurezza pubblica, manifestando un forte grado di ribellione alle nostre regole, in caso di commissione di un reato deve avere un aggravamento di pena".<sup>94</sup>

In un primo momento sia l'aggravante della clandestinità che quella della latitanza potrebbero sembrare molto simili in quanto rilevano sotto il profilo soggettivo.

Approfondendole, invece, si nota come la loro diversità risieda nel fatto che il latitante ha una consapevolezza della condizione in cui versa a seguito di un reato dallo stesso commesso e dal quale si sottrae in vista della pena a cui segue un trattamento sanzionatorio al quale lo stesso sa di essere sottoposto.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Cass. 20 gennaio 1994, De Feo, in Riv. Pen. 1995, 105.

<sup>94</sup> Così l'intervento del sen. Mazzatorta nella seduta del Senato dell'11 giugno 2008. In dottrina, nel senso che fondamento dell'aggravante oggetto di studio sarebbe "la maggiore intensità della ribellione all'ordinamento manifestata da colui che delinque dopo essersi illecitamente sottratto alla disciplina sull'immigrazione" E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, cit., 15

<sup>95</sup> Cfr. Cass. Sez. I 20 gennaio 1994, De Feo, in Riv. Pen. 1995, p. 105: *la Cassazione ha precisato che l'aggravante di cui all'art. 61 n. 6 c.p. è configurabile a prescindere dalla colpevolezza o meno del soggetto perseguito, tanto che non potrebbe*

Invece, nel caso dell'aggravante della clandestinità, il soggetto non fugge da un ordine restrittivo o espulsivo al quale è sottoposto.

Infatti, la condizione di clandestinità esula da tale condizione.

Non è stato infatti approvato in parlamento la configurazione dell'aggravante che prevedeva l'applicabilità della stessa "nel periodo in cui si è sottratto volontariamente all'ordine di espulsione o di allontanamento"<sup>96</sup>: tale condizione, infatti, avrebbe potuto determinare la parificazione delle aggravanti in questione.

Per tale ragione, poiché tale modifica non è stata approvata, risulta privo di senso chiedersi se sia possibile accostare la condizione di clandestinità a quella di latitanza.

Tale parificazione non potrebbe avvenire nemmeno tenendo in considerazione l'aggravante prevista per i reati commessi dal latitante; infatti, come si legge nella Relazione del Guardasigilli Rocco al Progetto definitivo del codice penale<sup>97</sup>, essa consiste nella "maggiore pericolosità" posseduta dal soggetto che non desiste dal delinquere neppure quando è sotto il peso di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di una condanna, cioè quando sa di essere braccato dall'Autorità giudiziaria. Mediante la commissione di un ulteriore reato durante il periodo di latitanza, tale soggetto, seguendo quanto affermato dalla Cassazione, dimostra "in tal modo la sua pericolosità sociale sotto il [...] profilo della insensibilità al freno della legge penale che non esita a continuare a violare, pur sapendo di

---

*essere esclusa neppure nel caso di intervenuta e successiva assoluzione dal delitto cui è conseguito il provvedimento restrittivo.*

<sup>96</sup> Si tratta dell'emendamento n. 1.3. presentato dal sen. D'Alia (UDC) nella seduta del 10 giugno 2008 delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera. Analogo emendamento (n. 1.22), anch'esso respinto, è stato proposto, nella medesima occasione, da un gruppo di senatori del PD (tra cui i sen. Casson, D'Ambrosio e Finocchiaro) i quali proponevano di sopprimere l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 bis c.p. e di modificare l'art. 61 n. 6 c.p. (aggravante della 'latitanza') inserendo dopo la parola "esecuzione" le parole "di un provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato, ovvero". Entrambi gli emendamenti sono stati riproposti, e nuovamente respinti, nella seduta dell'Assemblea del Senato del 17 giugno 2008 (cfr., rispettivamente, gli interventi dei sen. D'Alia e D'Ambrosio).

<sup>97</sup> In *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929,112.

essere colpito da un provvedimento di giustizia tendente a privarlo della sua libertà personale".<sup>98</sup>

In questo modo si evince ancora di più l'impossibilità di paragonare l'ordine emesso dall'autorità giudiziaria nei confronti del latitante rispetto ad una violazione di una norma che regola il soggiorno nel nostro paese.<sup>99</sup>

Parte della dottrina, ha inoltre sostenuto tale orientamento discostandosi dalla possibilità di parificare tali aggravanti.<sup>100</sup>

L'equiparazione tra aggravante di clandestinità e recidiva:

Un'ulteriore questione ha riguardato la possibilità di equiparare l'aggravante della clandestinità a quella della recidiva.<sup>101</sup>

A tal proposito bisogna sottolineare come non esistano punti in comune tra le stesse in quanto la recidiva fa riferimento a chi commette un delitto per il quale è stata emessa una sentenza definitiva; è proprio in quest'ottica o nel caso di recidiva obbligatoria introdotta dalla legge ex Cirielli nel comma 5 dell'art. 99 c.p., relativa ai gravi reati previsti dall'art. 407, co. 2 lett. a) c.p.p. che deve indurre il giudice a formulare un giudizio di accentuata capacità a delinquere, che giustifica l'aumento di pena per il recidivo.<sup>102</sup>

Infatti, si evince come la recidiva si discosti dall'aggravante della clandestinità in quanto la stessa prevede un aumento di pena per il fatto di aver commesso un reato mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale.

---

<sup>98</sup> Cass. Sez. V 17 gennaio 1967, Bellotti, cit.

<sup>99</sup> Cfr. Cass. Sez. I 20 gennaio 1994, De Feo, cit.

<sup>100</sup> Cfr. ad es. MASERA, *Immigrazione*, cit., 19.

<sup>101</sup> Cfr. Trib. Latina, ord. 1° luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, ord. 9 luglio 2008, cit.; Trib. Livorno, 3 novembre 2008, cit.

<sup>102</sup> Si tratterebbe, peraltro, di una mera contravvenzione: l'accostamento dell'aggravante in esame con quella della recidiva sarebbe pertanto pur sempre implausibile, atteso che la recidiva, riformata dalla legge ex Cirielli, non riguarda più le contravvenzioni (cfr. l'art. 99 c.p.). Per altro verso, va osservato come la possibilità di accomunare l'aggravante oggetto di studio con la recidiva, mentre per le ragioni anzidette deve escludersi sul piano strutturale, si profila invece, su quello delle scelte di politica-criminale, per quel che riguarda le ipotesi di recidiva obbligatoria: in entrambe le aggravanti può infatti scorgersi la riemersione di quelle presunzioni di pericolosità che sono state estromesse, da più di vent'anni, anche ad opera della Corte costituzionale, dalla disciplina delle misure di sicurezza



A ciò si deve aggiungere come tale aggravante si applichi nonostante l'assenza di un provvedimento che abbia previsto l'espulsione del soggetto.

Alla luce di queste riflessioni, dunque, risulta impossibile parificare la recidiva all'aggravante della clandestinità.

## § V Conclusioni

Attraverso l'analisi compiuta nel capitolo 1 è senz'altro possibile osservare come, sia alla luce di un esame di carattere socio-politico, sia avendo riguardo ad un'esegesi più propriamente giuridica delle norme, l'aggravante di clandestinità rappresenti una disposizione caratterizzata da una profonda distonia, sia con i principi che regolano la materia, sia scarsamente coordinata con le altre norme specifiche che regolano, ad esempio il trattamento dei minori.

Non sorprende dato che l'intento del legislatore non era quello di regolare la materia migratoria effettuando un opportuno bilanciamento d'interessi, ma piuttosto quello di lanciare un "monito" (cit.) ai migranti. Il diritto penale non nasce né con uno scopo didattico, né tantomeno con quello di veicolare messaggi politici. Esso, piuttosto, rappresenta uno degli strumenti a disposizione del legislatore per disciplinare i fenomeni sociali. Affinché questo difficile scopo possa essere raggiunto è necessario che l'intero sistema sia costruito con un'intrinseca coerenza, sia tra le norme stesse, sia come sottolineato dalla dottrina con i principi di diritto costituzionale ed internazionale.

Nei prossimi capitoli vedremo come lo Stato Costituzionale abbia dovuto attivare i suoi meccanismi di salvaguardia per rimediare alle stravaganze del legislatore. E tuttavia, prima ancora emerge già il tratto che caratterizza la maggior parte delle riforme italiane: un'intenzione astrattamente condivisibile (lottare contro l'illegalità), l'inadeguatezza del legislatore occasione mancata.

Tuttavia, l'energica reazione della Corte Costituzionale rappresenta una ragione di speranza dimostrando che al di là delle oscillazioni del barometro politico il cittadino può contare su una solida tutela da parte della magistratura giudicante.

## CAPITOLO TERZO: LA CONTRAVVENZIONE DI “IMMIGRAZIONE ILLEGALE”

### § I La norma, il bene tutelato, la finalità di incriminazione, le condotte incriminate

Partendo dall'analisi del dato normativo, bisogna notare come l'art. 10-bis Testo Unico Immigrazione (Decreto legislativo 25/07/1998 n° 286 – qui di seguito TUI) più volte novellato prevede il perfezionamento della contravvenzione di immigrazione illegale attraverso due condotte alternative: quella dell'ingresso e quella del trattenimento illegale nel territorio dello Stato.

Prendendo in considerazione entrambe le condotte, si nota come rilevi, ai fini della configurabilità della contravvenzione la qualifica di straniero in capo al soggetto attivo, palesandosi così la natura di reato proprio della fattispecie in esame.<sup>103</sup>

La norma in analisi rappresenta un secondo paradigma, assieme all'aggravante di clandestinità dell'approccio securitario dello Stato verso il fenomeno migratorio.

La vita di questa disposizione legislativa è stata alquanto travagliata ben rappresentando il terreno di scontro tra diritto nazionale e ordinamento europeo con particolare riferimento alla direttiva rimpatri e la successiva sentenza *El Dridi* che saranno diffusamente analizzate nel seguito della trattazione.

Il punto di partenza è rappresentato come in tutta l'analisi della presente tesi dalla volontà del legislatore nazionale di fare fronte al fenomeno migratorio attraverso una politica di impronta securitaria senza tenere in debita considerazione le contestuali esigenze

---

<sup>103</sup> PECCIOLI A., *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Diritto penale e processo*, 2009, n. 8 - Allegato 1 Speciale Immigrazione, 42. Secondo quest'ultima la norma «introducendo una presunzione iuris et de iure di pericolosità fondata sulla mera presenza nel territorio della Stato ... è una tipica fattispecie della legislazione penale dell'emergenza e della sicurezza, in cui si dà rilevanza penale alla mera appartenenza dell'autore ad una determinata categoria soggettiva (in questa ipotesi l'immigrato irregolare) in grado di ledere o di porre in pericolo il senso di sicurezza dei cittadini».

promananti dalla legislazione europea e dalle istanze di tutela dei diritti umani scaturenti dal diritto internazionale.

Il punto di arrivo, come si può anticipare sin d'ora sarà quello che è stato descritto dalla dottrina come diritto penale simbolico.<sup>104</sup> Occorre però andare con ordine.

### *§ 1.1 L'ingresso illegale*

La contravvenzione di ingresso illegale si configura nel momento del superamento dei confini territoriali (quali che siano le concrete modalità di azione) in violazione delle disposizioni attinenti all'entrata nel territorio italiano.

Andrà infatti considerato illegale, quell'ingresso che si determina secondo tali situazioni:

- 1) sottraendosi ai controlli dei valichi di frontiera, salvo che sia stato determinato da una causa di forza maggiore;
- 2) senza che lo straniero sia munito di passaporto o di un documento equipollente o comunque avvalendosi di documenti ottenuti illecitamente;
- 3) senza visto, nei casi in cui sia richiesto.

Una precisazione necessaria è che secondo quanto previsto dall'art. 10-bis, comma 2, TUIM, non può essere contestato il reato in esame allo straniero<sup>105</sup> che si presenti ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal TUIM per l'ingresso nel territorio dello Stato e sia stato respinto dalla polizia di frontiera ai sensi dell'art. 10 comma 1, TUIM, in tal modo evitandosi di contestare allo straniero respinto un reato, che determinerebbe la sua effettiva

---

<sup>104</sup> MASERA, L. Il Diritto Penale "Dei Nemici" – La disciplina in materia di immigrazione irregolare, in Rivista Italiana di Diritto e di Procedura Penale, fasc. 2, 1 Giugno 2020, pag. 804.

<sup>105</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, Parte generale, VI ed, Padova, 2009. Secondo l'autore, infatti, benché sia apprezzabile il fine perseguito dalla norma, è discutibile il mezzo poiché nella suddetta aggravante l'aumento di pena non riguarda la gravità oggettiva del fatto criminoso o una più intensa capacità a delinquere, ma la mera situazione di clandestinità

presenza nel territorio italiano ai fini della celebrazione del processo penale davanti al giudice di pace.<sup>106</sup>

Riguardo alla natura del reato, si può sostenere, guardando al fatto tipico, che si tratta di un reato istantaneo, che sarà pertanto configurato nel momento e nel luogo di realizzazione dell'attraversamento dei confini territoriali.

### **§ I.2 Il trattenimento illegale dello straniero**

Guardando alla seconda modalità di realizzazione della contravvenzione in esame essa è data dal trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato in violazione della normativa vigente, salvo valutare se in essa vi rientri soltanto l'ipotesi dello straniero entrato regolarmente ma in seguito divenuto irregolare (come nel caso di scadenza o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno) o anche quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio nazionale.<sup>107</sup>

Allo stesso modo si configura la contravvenzione di permanenza illegale in violazione dell'ordine impartito dal questore di cui all'art. 14, comma 5-ter, TUIM, anche la fattispecie di trattenimento illegale può essere considerata come reato omissivo proprio, incentrandosi il disvalore del fatto non tanto sulla condotta attiva di trattenimento quanto sul mancato allontanamento dal territorio nazionale in violazione delle disposizioni che vietano la permanenza.

---

<sup>106</sup> C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. imm. Citt.* XI, 4-2009, 38 e ss.

<sup>107</sup> L'espressione 'territorio nazionale' deve ritenersi equivalente a 'territorio dello Stato'. Ai sensi dell'art. 4 c.p. «agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica, ... ogni ...luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione della circostanza in esame essa trova applicazione nei confronti degli stranieri che non possiedono un valido titolo di soggiorno al momento della commissione del fatto, pertanto anche nell'ipotesi in cui essi siano entrati nel territorio dello Stato nel rispetto della disciplina del TUIM.

## **§ II L'ingresso legale in Italia e le norme in materia di soggiorno**

Questo paragrafo è dedicato all'analisi della disciplina amministrativa concernente l'ingresso legale dell'immigrato. Nel lavoro di ricerca della presente tesi si è ritenuto opportuno tratteggiare anche questi aspetti i quali, pur non rientrando nella materia penalistica presentano forti collegamenti con quest'ultima.

Inoltre, tali disposizioni amministrative danno contezza dello sforzo positivo del legislatore di disciplinare in maniera razionale i flussi migratori. La criminalizzazione del fenomeno migratorio, che rappresenta il baricentro della nostra analisi non costituisce, infatti, l'unica risposta del legislatore alla questione dei migranti. Esso, rappresenta al contrario una delle molteplici sfaccettature legislative di un panorama quanto mai articolato dove il pendolo tra esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti fondamentali (ma anche e non ultimo, dell'interesse economico del Paese ad un'accoglienza ragionata volta a soddisfare le aliquote di manodopera necessarie al funzionamento del sistema industriale nazionale) è più volte oscillato, spesso seguendo il variare delle maggioranze parlamentari.

La disciplina amministrativa della gestione dei flussi rappresenta una delle risposte del nostro ordinamento alle esigenze di garantire una ordinata gestione di quei movimenti migratori originati da ragioni essenzialmente economiche, ed altresì un adeguato grado di accoglienza proporzionale alle risorse disponibili, in un'ottica generale finalizzata al raggiungimento di adeguati livelli di integrazione economica e sociale.

Per ciò che concerne l'effettiva legittimità dell'organizzazione del sistema di ingressi, bisogna sottolineare come, nell'ambito del diritto internazionale, prassi, dottrina<sup>108</sup> e giurisprudenza non abbiamo mai messo in dubbio l'ampia libertà riconosciuta a ciascuno Stato di concedere o meno l'ingresso degli stranieri nei propri territori, determinandone altresì le condizioni, anche se si sono registrati comunque diversi tentativi di individuare dei limiti alla discrezionalità dello Stato in materia.<sup>109</sup>

Nell'ambito del diritto nazionale, invece, bisogna evidenziare come non ci sia la possibilità di configurare in capo allo straniero un generale diritto costituzionale all'accesso nel territorio, previsto solo per il cittadino in base all'articolo 16 della Costituzione italiana.

Di conseguenza una regolazione dell'ingresso dello straniero extracomunitario nel territorio non deve soggiacere a particolari vincoli costituzionali, se non quello di conformità alle norme ed ai trattati internazionali posto dall'art. 10 comma 2 della Costituzione, e di rispetto di quelle libertà in vario modo connesse all'ingresso dello straniero, la cui tutela prescinde dal possesso della cittadinanza.

A ciò si aggiunge il fatto che la riserva di legge in materia di condizione giuridica prevista dal legislatore costituzionale è volta sì a garantire lo straniero rispetto all'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'esecutivo, sebbene secondo alcuni autori<sup>110</sup>, tale riserva non preclude a quest'ultimo l'esercizio di qualsiasi attività normativa nella materia.

Il dato che assume un'importanza rilevante è quello riferito al fatto che il legislatore provveda con legge ordinaria a stabilire i principi necessari al fine di proteggere lo straniero

---

<sup>108</sup> B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984, 237; L. CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento degli stranieri*, Giuffrè, Milano, 1980, 19; E. BISCOTTINI, *L'ammissione e l'ingresso dello straniero*, in *Scritti in onore di V.E. Orlando*, Padova, 1957, I, 154.

<sup>109</sup> A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari. Norme interne ed internazionali*, Il Mulino, Bologna, 1992, 46 ss, la quale elenca, con le indicazioni delle rispettive fonti dottrinali, tra i limiti alla libertà degli Stati, le esigenze del commercio internazionale, il diritto degli individui di emigrare, un generale dovere di cooperazione degli Stati, ed ancora i diritti fondamentali dell'uomo, tra cui il principio di non discriminazione

<sup>110</sup> P. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Esi, Napoli, 1991, 15.

rispetto a possibili arbitri dell'amministrazione, ma poi nell'ambito dei principi generali e dei criteri direttivi fissati, è ammissibile un'attività normativa secondaria di carattere integrativo.

Seguendo questo tipo di orientamento, al potere esecutivo possono essere attribuiti dei poteri normativi di grande rilievo concernenti la programmazione dei flussi di ingresso, a condizione che siano indicati in modo sufficientemente preciso i principi sulla base dei quali il governo deve operare, o che il procedimento di formazione del provvedimento medesimo sia caratterizzato da particolari garanzie che escludano una discrezionale definizione dei suoi contenuti.

Nel presente sistema, la politica dei flussi o delle quote trova la sua disciplina in maniera compiuta nell'art. 3 del Testo unico dell'immigrazione che rappresenta il punto di arrivo di una lunga evoluzione che rinviene le sue origini nel primo intervento legislativo in materia risalente al 1986.

Bisogna riportare come nella normativa rappresentata dal testo di legge n. 943/1986 ci si limitava a costruire<sup>111</sup> una forma iniziale di meccanismo di regolazione del fenomeno migratorio, basato sulla ricerca dei servizi richiesti dal mercato del lavoro, a monte del quale si prospettava l'emanazione, da parte del Ministero del Lavoro di intesa con i Ministri degli affari esteri e dell'interno, nel rispetto degli impegni comunitari e internazionali, di possibili "direttive di carattere generale in materia di impiego e di mobilità professionale di lavoratori subordinati extracomunitari", con particolare riguardo alla presentazione e raccolta delle domande dei lavoratori medesimi e alla tenuta di speciali liste di collocamento.

---

<sup>111</sup>V. Titolo II della legge n. 943 del 1986 dedicato alla «Programmazione dell'occupazione dei lavoratori subordinati extracomunitari in Italia».



L' appena citato sistema di gestione degli ingressi, non ha dato la possibilità di raggiungere gli obiettivi sperati a seguito della mancata emanazione delle menzionate direttive e della incapacità delle strutture amministrative di assolvere ai compiti attribuiti dalla legge; esso infatti fu superato dalla legge n. 39 del 1990, che al modello di regolazione "debole" dominato dalla predominanza formale dei meccanismi di mercato, sostituì un meccanismo di gestione del fenomeno secondo indirizzi politici.

A ciò si aggiungeva il fatto che il dato normativo prevedesse un inquadramento del piano di azione orientato al fine di promuovere l'inclusione degli immigrati nell'ambiente socioculturale<sup>112</sup>, ed a tal fine si subordinava la programmazione alla valutazione di una serie di ampi fattori, indicativi della complessiva capacità di accoglienza del Paese.

Tali aspirazioni furono disattese in vista della mancanza di una politica in materia di immigrazione capace di rendere attuabile tale piano, ciò in quanto, si determinava una difficoltà nell'individuare il ministero unicamente competente per tale procedura.

Infatti, ciò che si determinò fu unicamente un quadro confusionario in vista di una pluralità di soggetti tra cui non fosse specificamente individuato un responsabile.

In vista di queste mancanze, interviene il legislatore che, all'art. 3 della legge n. 40 del 1998 (poi trasfuso nel TUI) riscrive il metodo della programmazione delle politiche migratorie e sostituisce al decreto interministeriale una nuova strumentazione, con l'obiettivo di «realizzare un equilibrato compromesso tra l'impostazione più radicale della totale libertà di accesso e quella più rigida che presuppone un severo contingentamento dei flussi migratori».<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> In particolare gli interventi sociali ed economici dovevano favorire l'inserimento socio-culturale degli stranieri, il mantenimento della loro identità culturale ed il diritto allo studio e alla casa.

<sup>113</sup> F. LUDOVICO, Politiche migratorie e flussi di ingresso per motivi di lavoro, in G. DONDI (a cura di), Il lavoro degli immigrati, Ipsoa, Milano, 2003,96.

Nel TUI è stata confermata la scelta in favore dei meccanismi di programmazione dei flussi, ma si è conferito a questo criterio una maggiore articolazione funzionale e strutturale, adattandolo all'interno di una complessa architettura fondata su due livelli di programmazione: il documento programmatico e la definizione delle quote di stranieri da ammettere per ragioni di lavoro.

In tale nuovo quadro, si sopperisce alla precedente mancanza attraverso la puntuale indicazione del centro di impulso e coordinamento delle politiche migratorie, rappresentato dal massimo responsabile del Governo al quale sono riconosciute numerose prerogative, peraltro accentuate in seguito all'intervento di modifica al TUI attuato dalla legge n. 189 del 2002.

Il principio generale su cui si fonda il sistema di programmazione dei flussi è rappresentato dalla regola che subordina l'ingresso di stranieri extracomunitari nel nostro territorio per lo svolgimento di un'attività di lavoro, ai limiti di disponibilità delle quote fissate con decreto governativo.

La determinazione delle quote rappresenta tuttavia solo uno dei due momenti nei quali si articola il meccanismo complessivo.

A monte, infatti, il legislatore ha rinvenuto la necessità che l'organo esecutivo predisponga un documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato.

Spetta al Presidente del Consiglio dei ministri allestire, a cadenza triennale, questo testo <sup>114</sup>, dopo un'ampia consultazione dei soggetti pubblici e privati coinvolti nell'attuazione delle politiche suddette.<sup>115</sup>

La principale funzione dell'atto di programmazione consiste nella definizione dei criteri generali per la determinazione dei flussi di ingresso, ai quali si accompagna l'individuazione delle azioni e degli interventi che lo Stato intende attuare in materia di immigrazione, anche avvalendosi di accordi internazionali e con le istituzioni comunitarie.

Nel documento possono altresì essere indicate le misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato, ed ulteriori interventi pubblici finalizzati all'inserimento sociale e all'integrazione culturale degli extracomunitari residenti in Italia ed all'agevolazione delle relazioni familiari, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone.

La riforma intercorsa nel 2002 ha determinato un mutamento nella parte in cui prevede espressamente la possibilità di sviluppare un documento entro questi tre anni.

Novità di maggior rilievo si riscontrano, invece, nella disciplina che regola il secondo "momento" della programmazione dei flussi, ossia la definizione delle quote annuali d'ingresso per motivi di lavoro.

---

<sup>114</sup> Il documento, una volta approvato dal Governo, è trasmesso alle competenti Commissioni parlamentari, le quali esprimono il loro parere entro trenta giorni dal ricevimento. Il documento programmatico viene poi emanato, tenendo conto dei pareri ricevuti, con decreto del Presidente della Repubblica e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. Il Ministro dell'Interno presenta annualmente al Parlamento una relazione sui risultati raggiunti con i relativi provvedimenti attuativi

<sup>115</sup> V. art. 3, co. 1, T.u. 286/1998 dove è previsto il coinvolgimento dei Ministri interessati, del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, della Conferenza Stato-città e autonomie locali, degli enti e delle associazioni nazionali maggiormente attivi nell'assistenza e nell'integrazione degli immigrati e delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Il ricorso alla concertazione nell'ambito dell'attività di programmazione «probabilmente può assicurare scelte maggiormente consapevoli in considerazione delle effettive esigenze e capacità di assorbimento degli specifici tessuti sociali e produttivi, in questo senso v. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, ESI, Napoli, 2005, 213.

L'attore principale del procedimento resta, come in passato, il Presidente del Consiglio dei Ministri a cui spetta l'emanazione dei decreti annuali che definiscono concretamente - sulla base delle indicazioni contenute nel documento programmatico e tenendo conto degli ingressi per ricongiungimenti familiari e dell'eventuale adozione di misure di protezione temporanea per eventi eccezionali<sup>116</sup> - le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio per ragioni di lavoro (sia subordinato - anche stagionale - sia autonomo).

Rispetto alla versione originaria, tuttavia, l'attuale procedura prevede il coinvolgimento, oltre alle competenti commissioni parlamentari, del neoistituito Comitato di coordinamento e monitoraggio<sup>117</sup> e della Conferenza unificata Stato Regioni-Città, e fissa nel 30 novembre dell'anno precedente a quello di riferimento del decreto, il termine per la definizione delle quote.

In continuità con la precedente normativa<sup>118</sup> si riconosce invece, in capo al Presidente del Consiglio, la facoltà - sulla quale peraltro vi sono dubbi circa un possibile contrasto con la

---

<sup>116</sup> F. BONETTI, *Disciplina del lavoro. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004,733, il quale sottolinea sia l'estrema vaghezza dei fattori che il Governo deve tenere in considerazione nella determinazione delle quote, sia la mancanza dei principi e dei criteri con i quali tali fattori devono essere combinati e bilanciati. In particolare le indicazioni contenute nei documenti programmatici fino ad ora approvati non appaiono sufficienti a circoscrivere la discrezionalità dell'esecutivo; inoltre anche il criterio di programmazione che impone di tenere conto degli ingressi per ricongiungimenti familiari o per misure di protezione temporanea - che deve essere inteso nel senso che nella determinazione delle quote bisogna valutare che annualmente vi sono ingressi non programmabili di cittadini stranieri che poi, sulla scorta dell'art. 30, co. 2, T.u., hanno legittimo accesso al mercato del lavoro - si riferisce a cifre del tutto probabilistiche o ad eventi futuri ed incerti variamente articolati.

<sup>117</sup> Cfr. art. 2 bis, T.u. secondo il quale il Comitato è presieduto dal Presidente o dal Vice Presidente del Consiglio dei ministri o da un Ministro delegato dal Presidente del Consiglio dei ministri, ed è composto dai Ministri interessati ai temi trattati in ciascuna riunione in numero non inferiore a quattro e da un presidente di regione o di provincia autonoma designato dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome. Per l'istruttoria delle questioni è supportato da un gruppo tecnico di lavoro.

<sup>118</sup> La versione originaria dell'art. 3, co. 4, T.u. disponeva, più precisamente, che la definizione annuale delle quote avvenisse «con uno o più decreti», mentre oggi il legislatore ha preferito specificare che « Qualora se ne ravvisi l'opportunità, ulteriori decreti possono essere emanati durante l'anno». Sul punto v. LUDOVICO, cit.,98

riserva di legge ex art. 10, co. 2 della costituzione - di procedere all'emanazione di ulteriori decreti durante l'anno.<sup>119</sup>

Significativa e fonte di notevoli perplessità è certamente la previsione, introdotta nel 2002, che, in caso di mancata pubblicazione del decreto annuale, affida alla discrezionalità del Presidente del Consiglio, la possibilità di intervenire nella quantificazione degli ingressi, in via transitoria, nel limite delle quote stabilite nell'anno precedente (art. 3, co. 4, ultima parte, TUI).

Nella impostazione originaria del TUI, era stato previsto, per ovviare all'inerzia governativa nella mancata pubblicazione del decreto flussi all'inizio dell'anno, una sorta di automatismo che consisteva nell'allineare le quote a quelle previste negli ultimi decreti pubblicati per l'anno precedente.

È giusto comunque sottolineare come anche tale automatismo non sia apparso esente da critiche da parte della dottrina, che ne ha rilevato il mancato funzionamento in sede applicativa<sup>120</sup> ed altresì la non piena coerenza con le esigenze di flessibilità espresse in sede comunitaria in merito alla gestione dell'immigrazione economica.<sup>121</sup>

In ogni caso, al di là dai molteplici profili di complessità derivanti dalla formulazione della norma, la critica più ricorrente<sup>122</sup> riguarda gli effetti che la disposizione contenuta nell'art.

---

<sup>119</sup> È di questa opinione BONETTI, cit.,709, il quale rileva il contrasto perché la facoltà è espressamente condizionata ad una valutazione di mera opportunità e non si prevede né un termine, né l'obbligo che su tale decreto siano acquisiti i medesimi pareri parlamentari e della Conferenza unificata

<sup>120</sup> V. PAGGI, *Prime note sulla nuova disciplina dei flussi migratori*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, 3,23, che precisa che l'applicazione è stata di fatto ostacolata anche nella precedente legislatura, «essendo noto che gli uffici periferici del Ministero del lavoro, non ravvisando la sussistenza di un autonomo potere-dovere al riguardo, nel silenzio del Governo, si sono astenuti dal procedere al rilascio delle autorizzazioni richieste».

<sup>121</sup> In questo senso v. DONDI, *La politica verso l'immigrazione: dalla legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini*, in *Il lavoro degli immigrati*, cit., 13, il quale fonda la sua tesi sull'indicazione contenuta nella Relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva n. 386 del 2001 relativa alle «condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo», p.to n. 3, sub n. 6 dove è previsto che uno degli obbiettivi della proposta sia quello di «offrire un quadro normativo flessibile», che consenta anche agli Stati membri di «reagire in modo rapido ai cambiamenti nella situazione economica e demografica»

<sup>122</sup> DONDI, cit.,13, il quale giustifica invece il potere governativo richiamando quelle stesse esigenze di flessibilità per le quali era stato rilevato il contrasto con il meccanismo dell'automatismo (v. nota 24). Contra

3, co. 4, determina sul corretto funzionamento del sistema di programmazione dei flussi, essendo attribuito al Governo, quando non solo al Presidente del Consiglio dei Ministri, un potere, al limite, inibitorio – e come tale in possibile contrasto l'art. 10, co. 2 della Costituzione - circa l'effettivo afflusso di nuovi lavoratori extracomunitari.

Oltre a disciplinare la procedura per la determinazione dei flussi di ingresso, il Testo unico fornisce, all'art. 21, co.1, una serie di indicazioni circa la fissazione concreta delle quote, entro i cui limiti vengono rilasciati i visti di ingresso ed i permessi di soggiorno per lavoro subordinato (anche per esigenze di carattere stagionale) ed autonomo.

Il legislatore della riforma pone altresì l'accento sulla necessità di adeguare il numero degli ingressi alle effettive esigenze del mercato del lavoro<sup>123</sup> e a tal fine impone l'acquisizione di una serie di informazioni: in primis dal Ministero del Lavoro – quali i dati relativi all'andamento dell'occupazione e dei tassi di disoccupazione a livello nazionale e regionale, al numero dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea iscritti nelle liste di collocamento, ai fabbisogni di attività lavorative suddivisi per regioni e per bacini provinciali di utenza, elaborati dall'anagrafe informatizzata del Ministero – e poi anche dalle Regioni.<sup>124</sup>

É stata poi introdotta, con la nuova versione del regolamento di attuazione del TUI, una restrizione che opera automaticamente nella definizione delle quote di ingresso le quali, ex art. 14, co. 5, D.P.R. n. 394/1999, dovranno essere decurtate per l'anno successivo alla data di rilascio «in misura pari al numero dei permessi di soggiorno per motivi di studio o formazione, convertiti in permessi di soggiorno per motivi di lavoro nei confronti di

---

GOTTARDI, *Politiche migratorie e programmazione dei flussi*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2005,147, che puntualizza come la disposizione introdotta nel 2002 non ampli i margini di flessibilità del sistema delle quote, ma attribuisca un potere discrezionale di loro determinazione incompatibile con l'ordinamento.

<sup>123</sup> Anche se il Governo deve tener conto altresì di elementi estranei al fabbisogno di manodopera quali il numero degli ingressi derivanti da ricongiungimenti familiari o dall'adozione di misure di protezione temporanea (art. 3, co. 4, T.u.).

<sup>124</sup> Eventuali rapporti sulla presenza e sulla condizione degli extracomunitari possono essere inviati entro il 30 novembre di ogni anno da ogni regione, v. art. 21, co. 4-ter, T.u.

stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale al raggiungimento della maggiore età».

Secondo un commentatore <sup>125</sup> la disposizione regolamentare si configurerebbe come *ultra legem*, dal momento che andrebbe a correggere, in senso ulteriormente restrittivo, il numero degli ingressi di lavoro, qualora il sistema di determinazione delle richieste di lavoro (affidato all'anagrafe informatizzata del Ministero) ad esso correlato, non risultasse efficace.

Sempre avendo riferimento a tali regolamenti, si è avuto il riconoscimento <sup>126</sup> di una quota riservata di ingressi per lavoro subordinato non stagionale a quei lavoratori, inseriti in appositi elenchi presso il Ministero del lavoro, che abbiano partecipato all'attività formativa organizzata nei Paesi di origine, che come si vedrà nel proseguo, costituisce una delle novità più interessanti della riforma Bossi-Fini.

Restando nell'ambito del soggiorno, la disciplina del 1998 ha introdotto delle novità nel contesto giuridico, orientate all'inserimento dello straniero regolarmente soggiornante nella società di accoglienza.

I provvedimenti amministrativi che determinano la legittimità della permanenza del soggetto extracomunitario all'interno del territorio nazionale sono di due distinte tipologie a cui sono correlati una serie di diritti e facoltà.

Oltre al noto permesso di soggiorno, la novità introdotta è quella della carta di soggiorno, un documento che abilita ad una permanenza di medio-lungo periodo e che rappresenta, nel nostro sistema, una tappa intermedia del percorso verso l'acquisito della cittadinanza.

---

<sup>125</sup> CODA MOSCAROLA – FORNERO, Immigrazione: quale contributo alla sostenibilità del sistema previdenziale?, in *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit.,213.

<sup>126</sup> Art. 34, co. 7, D.P.R. 394/1999

Il rilascio di questi due titoli è subordinato allo svolgimento di procedure specifiche regolate per lo più nelle disposizioni di attuazione del Testo unico<sup>127</sup>, il quale impone altresì l'utilizzo di mezzi a tecnologia avanzata che impediscano la contraffazione dei documenti, e che questi ultimi vengano realizzati su modelli approvati dal Ministero dell'Interno e conformi alle normative comunitarie.<sup>128</sup>

Il permesso di soggiorno deriva originariamente dal Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, ottenibile mediante l'espletamento di una modalità amministrativa che determinava in tale modo la ricevuta consegnata dall'autorità di polizia, ossia una volta effettuata la verifica degli elementi forniti dallo straniero nella dichiarazione di soggiorno – da rilasciarsi entro tre giorni dall'ingresso nel territorio – ed accertata l'insussistenza di motivi ostativi alla permanenza.<sup>129</sup>

Per quanto concerne la natura giuridica di tale istituto, prima dell'entrata in vigore della legge n. 39 del 1990, la maggior parte della dottrina<sup>130</sup> era propensa ad assegnare al permesso di soggiorno, valenza meramente certificativa dell'ottemperanza, da parte dello straniero, degli adempimenti amministrativi fissati per l'ingresso nel Paese.

La legge n. 39 del 1990 ha recepito e disciplinato il permesso di soggiorno (art. 4), definendone, per la prima volta, modalità e condizioni.

Il TUI del 1998 ha confermato nel complesso la precedente configurazione dell'istituto che, occorre ricordare, riconosce allo straniero la possibilità di soggiornare nel territorio dello

---

<sup>127</sup> Le disposizioni regolamentari fissano le procedure per la richiesta del permesso di soggiorno (art. 9 e 10, D.P.R. 394/1999), del rilascio (art. 11) e del rinnovo del documento (art. 13). Gli artt. 16 e 17 disciplinano invece rispettivamente le modalità di richiesta della carta di soggiorno e pr il rilascio ed il rinnovo della stessa

<sup>128</sup> L'art. 11, co. 2, D.P.R. 394/1999 (già modificato) impone che il permesso di soggiorno sia rilasciato in conformità al Regolamento CE n. 1030/2002 del Consiglio, del 13 giugno 2002, istitutivo di un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi, e contenga altresì l'indicazione del codice fiscale.

<sup>129</sup> VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Esi, Napoli, 1991, 101 ss

<sup>130</sup> V. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 58; CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, in *Foro amm.*, 1957, I, IV, 10; GEROLA, *Soggiorno degli stranieri e poteri dell'autorità di polizia*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982, vol. II, 253; JEMOLO, *L'espulsione dello straniero*, in *Foro it.*, 1952, III, 109.



Stato in condizione non precaria per determinate finalità e per un tempo in ogni caso predeterminato.

La riforma Bossi-Fini ha introdotto alcune modifiche al quadro generale comune a ciascuna tipologia di permesso di soggiorno – derivante dai primi due commi dell’art. 5 del TUI – ed inoltre ha distinto in maniera più netta, dal punto di vista testuale <sup>131</sup>, la disciplina attinente alla durata e alle condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno, a seconda dell’attività o del motivo per i quali esso è richiesto.

Dal punto di vista dei requisiti comuni, sono confermati la concessione del visto di ingresso quale presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno, la competenza al rilascio del questore della provincia in cui lo straniero si trova – cui deve presentarsi entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato -, nonché la corrispondenza tra i motivi del rilascio e le attività previste dal visto d’ingresso o dalle disposizioni vigenti.

Ciò che rende tale disciplina diversa dalla precedente è che, per rendere regolare il soggiorno, il permesso deve avere i caratteri della validità in corso oltre alla previsione di sottoporre il soggetto nei momenti rispettivamente della richiesta e del rinnovo del permesso di soggiorno, a rilievi foto dattiloscopici. <sup>132</sup>

La disciplina specifica del permesso, come ricordato sopra, differisce a seconda che esso sia richiesto o meno per motivi di lavoro.

---

<sup>131</sup> Dalla stesura originaria del comma 3 dell’art. 5, T.u., è stata scorporata la parte relativa alla durata del permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro, confluita, con modifiche, nei commi dal 3-bis al 3-sexies. Attualmente il comma 3 regola solo la durata del permesso di soggiorno non rilasciato per motivi di lavoro

<sup>132</sup> Sul punto v. diffusamente LUDOVICO, *Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro (o per altri motivi che consentono comunque il lavoro)*, in *Il lavoro degli immigrati*, cit., 114. Da sottolineare come il Reg. di attuazione recentemente riformato abbia esonerato dall’obbligo dei rilievi fotodattiloscopici gli stranieri che siano stati autorizzati allo svolgimento di lavoro stagionale per un periodo non superiore a trenta giorni. (v. art. 11, co. 5, D.P.R. 394/1999).

Nel primo caso, che è quello che qui interessa, il legislatore del 2002 sottolinea, in maniera più accentuata rispetto al passato, la stretta interdipendenza che sussiste tra permanenza dello straniero sul territorio ed effettivo svolgimento di un'attività lavorativa lecita.

Questo nesso viene confermato dal fatto che il comma 3 bis dell'art. 5, TUI, prevede la conclusione del contratto di soggiorno per lavoro – negozio giuridico regolato dall'art. 5 bis del TUI che richiede alla procedura di assunzione del lavoratore extracomunitario - come condizione essenziale per il rilascio del permesso e vincola altresì la durata del secondo a quella prevista dal primo.<sup>133</sup>

L'innovatività, peraltro, di quest'ultima previsione è solo apparente, posto che la riforma ripropone i medesimi limiti di durata del permesso di soggiorno per motivi di lavoro già fissati nel 1998, che sono nove mesi, un anno e due anni, in relazione, rispettivamente, ad uno o più contratti di lavoro stagionale, ad un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e a tempo indeterminato.

Il permesso di soggiorno resta, anche dopo la riforma, il cardine del controllo amministrativo, avente ad oggetto non solo la regolarità dell'ingresso e della permanenza dello straniero nel territorio, ma altresì la legittimità della sua occupazione.

Alla legge Bossi-Fini sono riferibili delle novità più marcate per quanto riguarda il permesso di soggiorno, come si può osservare guardando a quello pluriennale, della durata massima di tre anni, che può essere rilasciato, qualora si tratti di impieghi ripetitivi <sup>134</sup>, allo straniero

---

<sup>133</sup> Prima della riforma era previsto semplicemente che la durata del permesso di soggiorno dovesse corrispondere a quella prevista dal visto di ingresso. Oggi questa prescrizione è rimasta solo per il permesso non rilasciato per motivi di lavoro, mentre per quello rilasciato per motivi di lavoro si è sostituita la connessione permesso-contratto. Sul punto v. DE MARGHERITI, *Il permesso di soggiorno e la carta di soggiorno*, in *Lavoro e immigrazione*, cit., 172

<sup>134</sup> Secondo BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, cit., p.40, si configura questa ipotesi ci sono rapporti di lavoro di carattere stagionale svolti con il medesimo datore di lavoro che in precedenza ha assunto il medesimo lavoratore straniero e per periodi di tempo sostanzialmente analoghi.

che dimostri di essere venuto in Italia per due anni consecutivi per prestare lavoro stagionale.

La norma è apprezzabile sotto il profilo della semplificazione amministrativa che comporta sia nei confronti del lavoratore stagionale, che potrà evitare di presentare ripetutamente domanda di rinnovo, sia per gli stessi uffici competenti al rilascio <sup>135</sup>; mentre è contestabile nella scelta della sanzione della revoca immediata del permesso in caso in cui lo straniero violi le disposizioni presenti nel TUI, non essendo chiaro se anche l'inottemperanza di semplici prescrizioni formali possa dar luogo a tali conseguenze.<sup>136</sup>

Una considerazione da fare è quella in merito al rinnovo del permesso, dove si evince il fine di disincentivare la permanenza di tali soggetti nel territorio nazionale.

È proprio attraverso il termine che si nota come lo stesso viene confermato solo per i permessi per lavoro stagionale (e per motivi non di lavoro), mentre per quelli relativi a contratti di lavoro subordinato a tempo determinato ed indeterminato, le richieste devono essere presentate, rispettivamente, entro sessanta giorni e novanta giorni prima della scadenza.

Per comprendere appieno le conseguenze che potranno derivare dall'applicazione di quest'ultimo termine bisogna aver presente che in caso di licenziamento o dimissioni, la legge prevede che il lavoratore straniero possa essere iscritto nelle liste di collocamento "per il periodo di residua validità del permesso di soggiorno, e comunque, salvo che si tratti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, per un periodo non inferiore a sei mesi" (art. 22, co. 11, TUI).

Attraverso l'esame delle due disposizioni si evince che l'extracomunitario avrà a disposizione solo un periodo di tre mesi per trovare una nuova occupazione e presentare la

---

<sup>135</sup> BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit.,40.

<sup>136</sup> LUDOVICO, *La disciplina del lavoro immigrato extracomunitario dopo le modifiche previste dalla L. n. 189/2002*, in *Lav. giur.*, 2002, 11,1023.

richiesta di rinnovo del permesso – corredata dalla documentazione relativa ad un nuovo rapporto, condizione per il rinnovo nei tempi prestabiliti.<sup>137</sup>

È stato altresì rilevato<sup>138</sup> come l'indicazione di tempi lunghi per la presentazione delle richieste di rinnovo dei permessi di soggiorno, visti i consueti ritardi nel rilascio dei documenti da parte degli uffici competenti, comporterà, per quei lavoratori extracomunitari titolari di permessi di breve durata, un'attività burocratica presso le Questure pressoché ininterrotta.<sup>139</sup>

Ulteriori perplessità si ricavano poi dall'art. 5, co. 4, TUI che sottopone il rinnovo del permesso di soggiorno «alla verifica delle condizioni previste per il rilascio e delle diverse condizioni previste dal presente testo unico».

La dottrina aveva, sin dall'inizio, sottolineato come tale previsione assumesse un significato particolare, posto che la riforma aveva incluso, tra le suddette condizioni, anche la stipula del contratto di soggiorno, con le conseguenze ivi previste.

### **§ III L'ingresso illegale**

#### ***§ III.1 La disciplina amministrativa***

Secondo quanto previsto dallo stesso art. 2 del Testo unico, che non ammette differenziazioni nell'accesso al mercato del lavoro per i lavoratori extracomunitari già regolarmente soggiornanti nel territorio.

---

<sup>137</sup> LUDOVICO, Il permesso di soggiorno per motivi di lavoro (o per altri motivi che consentono comunque il lavoro), cit., 117

<sup>138</sup> NERI - GUARISO, *La Legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 2,242

<sup>139</sup> Al riguardo si segnala che il Ministero dell'Interno ha recentemente sottoscritto un Protocollo di intesa con gli Istituti di patronato avente ad oggetto la collaborazione per l'attività di assistenza, informazione e consulenza ai cittadini stranieri per la compilazione delle istanze in materia di immigrazione e la predisposizione della relativa documentazione richiesta dalla normativa vigente a corredo delle stesse.

Tale considerazione risulta maggiormente attendibile dopo che l'art. 13, co. 2 bis, D.P.R. 394/1999 ha subordinato il rinnovo del permesso alla sussistenza di un contratto di soggiorno per lavoro, ed altresì alla «consegna di autocertificazione del datore di lavoro attestante la sussistenza di un alloggio del lavoratore, fornito dei parametri richiamati dall'articolo 5-bis, comma 1, lettera a), del testo unico».

Un'ulteriore analisi da attuare riguarda le diverse funzioni che il permesso di soggiorno può assumere.

Infatti, si nota come all'origine dell'intera disciplina che regola questo istituto vige il principio per cui deve esserci corrispondenza tra la tipologia del permesso di soggiorno rilasciato allo straniero e l'attività da questi esercitata.

Tale regola subisce però deroghe nel caso del permesso di soggiorno rilasciato per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo e familiari, il quale, ex art. 6, co. 1, TUI, in tali casi può essere utilizzato anche per le altre attività consentite, a condizione che sussistano i presupposti per il rilascio del diverso permesso (art. 5, co. 9, TUI).

Il regolamento in questione ha determinato una maggiore presenza di significati in capo allo stesso documento, definendo come non necessaria la conversione o la rettifica del documento, e sviluppandola in maniera più puntuale.

Il permesso di soggiorno rilasciato per lavoro subordinato non stagionale concede innanzitutto - previa acquisizione del titolo abilitativo o autorizzatorio - l'esercizio di attività autonoma; né è esclusa l'ipotesi opposta di esercizio di lavoro subordinato da parte del titolare di permesso di soggiorno rilasciato per lavoro autonomo, per il periodo di validità dello stesso, purché venga inserito nell'elenco anagrafico o, se il rapporto di lavoro è in corso, il datore di lavoro provveda a darne comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro.

Alle medesime condizioni sottese a queste due ipotesi è altresì consentito l'esercizio di un'attività di lavoro subordinato ed autonomo al titolare di permesso per ricongiungimento familiare o per ingresso al seguito del lavoratore,<sup>140</sup> ed anche lo speciale permesso per motivi di protezione sociale - rilasciato dal Questore allo straniero nei confronti del quale siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento, al fine di sottrarlo da esse e dai condizionamenti di eventuali organizzazioni criminali – autorizza lo svolgimento di lavoro subordinato ed altresì l'iscrizione nelle liste di collocamento.<sup>141</sup>

La legge consente, inoltre che possa essere convertito, prima della scadenza, il permesso di soggiorno rilasciato per motivi di studio e formazione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato od autonomo.

Questa conversione però non è così ovvia come nelle ipotesi sopra riportate, dal momento che può avvenire solo nei limiti delle quote fissate dal decreto annuale sulla determinazione dei flussi<sup>142</sup> previa stipula del contratto di soggiorno per lavoro, ovvero previo rilascio della certificazione attestante la sussistenza dei requisiti stabiliti dalla disciplina per l'ingresso ed il soggiorno del lavoratore autonomo.

Un ulteriore documento da segnalare è la carta di soggiorno che, come già osservato, costituisce una delle innovazioni introdotte dalla legislazione del 1998 che appare tra le più significative perché mira ad introdurre nell'ordinamento italiano un titolo di soggiorno a tempo indeterminato che è riservato ai cittadini stranieri lungo residenti. Il primo requisito

---

<sup>140</sup> La previsione è piuttosto rilevante dal momento che spesso il lavoratore immigrato entrato in Italia al seguito di un familiare è costretto ad occupazioni irregolari. V. DE MARGHERITI, cit.,180.

<sup>141</sup> V. art. 18, co. 5, T.u., dove si precisa che qualora, alla scadenza del permesso di soggiorno, l'interessato risulti avere in corso un rapporto di lavoro, il permesso può essere ulteriormente prorogato o rinnovato per la durata del rapporto medesimo o, se questo è a tempo indeterminato, con le modalità stabilite per tale motivo di soggiorno

<sup>142</sup> La previsione va interpretata in relazione all'art. 14, co. 5 del regolamento che impone che le quote di ingresso fissate ex art. 3, co. 4 del T.u., siano decurtate in misura pari al numero dei permessi di soggiorno per motivi di studio o formazione, convertiti in permessi di soggiorno per motivi di lavoro nei confronti di stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale al raggiungimento della maggiore età

richiesto, ai sensi dell'art. 9, co. 1, TUI, ai fini del rilascio del documento, è rappresentato dal regolare soggiorno nel territorio dello Stato per almeno sei anni.

Tale termine introdotto dalla legge Bossi-Fini in sostituzione del precedente più favorevole di cinque anni, denota ancora una volta l'intento del legislatore di limitare, o meglio non facilitare, l'insediamento permanente degli extracomunitari nel territorio ed impedire che essi possano beneficiare del complesso dei diritti e delle prerogative che discendono dal possesso della carta di soggiorno.

Il titolare, infatti, oltre a quanto previsto per lo straniero regolarmente soggiornante (v. art. 2, TUI), può svolgere nel territorio dello Stato ogni attività lecita – salvo quelle espressamente riservate al cittadino –, non rimanendo quindi vincolato a quella per la quale ha ottenuto il permesso di soggiorno. Il beneficiario della carta di soggiorno ha la facoltà di entrare nel territorio dello Stato in esenzione del visto e può accedere ai servizi e alle prestazioni erogate dalla Pubblica amministrazione, salvo che sia diversamente disposto.

In sostanza, quindi, il trattamento speciale riconosciuto allo straniero titolare della carta di soggiorno appare poco consistente sul piano dei contenuti sostanziali. In realtà ciò che rileva maggiormente è da un lato l'esenzione dall'obbligo del rinnovo del titolo di soggiorno, e cioè soprattutto dalla verifica periodica circa la permanenza delle ragioni originarie che legittimavano il rilascio e circa la sufficienza e liceità dei redditi.

Il ruolo assunto dal provvedimento amministrativo per configurare un'ipotesi di illegalità del permesso di soggiorno è di fondamentale importanza, soprattutto alla luce del sistema garantistico esistente nei confronti dei provvedimenti espulsivi i quali possono essere disposti solo per motivi di ordine pubblico e di sicurezza.

Tra i requisiti per il rilascio, oltre a quello temporale, la legge prescrive la titolarità di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi – quale non è, secondo la circolare del Ministero dell'interno del 4 aprile 2001, quello rilasciato

per lo svolgimento di un rapporto a tempo determinato, e la dimostrazione di un'adeguata capacità economica tale da garantire il mantenimento proprio e dei familiari.

Infatti, a tal proposito, vi è la possibilità di avere la carta di soggiorno nel caso del coniuge e dei figli minori conviventi del soggetto che è legittimato a farne richiesta.

In tale contesto si pone la questione della sua compatibilità con la normativa comunitaria e, in particolare, con la direttiva del Consiglio 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

Il diritto italiano contiene previsioni più favorevoli sotto certi aspetti (la carta di soggiorno è illimitata, mentre il permesso CE ha validità quinquennale), ma prevede sei anni di soggiorno legale per il rilascio, a differenza dei cinque richiesti dal legislatore comunitario.<sup>143</sup>

### ***§ III.2 La disciplina penalistica e la svolta securitaria in materia di ingresso illegale dello straniero***

La breve storia della criminalizzazione del migrante irregolare si può dividere in tre fasi.

La prima, dal 2002 al 2011, è la fase in cui la criminalizzazione assume il suo aspetto più duro, con il ricorso massiccio all'uso della pena detentiva e l'introduzione della circostanza aggravante e del reato cd. di clandestinità di cui si è diffusamente parlato nel capitolo I della presente tesi; la seconda, dal 2011 al 2017, è aperta da una fondamentale decisione della Corte di giustizia UE del 2011, che ha imposto una totale revisione del sistema repressivo,

---

<sup>143</sup> L'art. 15 Reg. att. prevede infatti che gli stranieri «non decadono dall'iscrizione (anagrafica) nella fase di rinnovo del permesso di soggiorno », mentre l'art. 34 TUI immigrazione prevede l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale in condizioni di parità di trattamento e rispetto ai cittadini italiani degli stranieri «regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza ».



in cui la pena detentiva ha lasciato il posto, nella grande maggioranza delle ipotesi, alla pena pecuniaria.

La vittoria alle elezioni politiche del 2001 della coalizione di centro-destra, che aveva fatto dell'inasprimento del contrasto all'immigrazione irregolare uno dei punti di forza della campagna elettorale, comporta un radicale mutamento di rotta.

All'interno di un generale irrigidimento delle procedure amministrative di esecuzione dei provvedimenti espulsivi, la modifica più significativa in materia penale introdotta con la cd. legge Bossi-Fini (l. 30.7.2002, n. 189) consiste nella previsione di un reato contravvenzionale (punito con l'arresto da sei mesi ad un anno) a carico dello straniero che non ottemperi all'ordine di allontanamento impartitogli dal questore quando non sia possibile procedere immediatamente al rimpatrio o quando non sia possibile trattenere lo straniero in un centro di detenzione amministrativa (art. 14 co. 5 ter TUI); in via poi del tutto eccezionale, trattandosi di una mera contravvenzione, il co. 5 quinquies dell'art. 14 dispone l'arresto obbligatorio dell'autore del reato.

Proprio l'evidente irragionevolezza di prevedere come obbligatoria l'applicazione della misura pre-cautelare dell'arresto per un reato in relazione al quale, trattandosi di una semplice contravvenzione, il giudice non aveva poi la possibilità di disporre alcuna misura cautelare (con l'assurdo risultato di udienze di convalida dell'arresto destinate inevitabilmente a concludersi con l'immediata rimessione in libertà dell'arrestato, se non responsabile di altro reato), spinge nel luglio del 2004 la Corte Costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità della previsione dell'arresto obbligatorio per violazione degli artt. 3 e 13 della Costituzione italiana: una giurisprudenza che sarà oggetto di un'accurata trattazione nel quarto e ultimo capitolo della presente tesi.

La reazione del legislatore alla censura di costituzionalità interviene in tempi rapidissimi. Già nel settembre 2004 viene emanato un decreto-legge (d.l. 14.9.2004, n. 241, conv. in l. 12.11.2004, n. 271), che trasforma il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento da

contravvenzione in delitto, punito con la pena della reclusione da uno a quattro anni: un quadro edittale che consente l'applicazione della custodia cautelare in carcere (ai sensi dell'art. 280 co. 2 c.p.p. nella formulazione all'epoca vigente), superando così i rilievi di irragionevolezza formulati dalla Corte costituzionale. Ad inasprire poi ulteriormente la disciplina viene previsto per tale reato l'arresto obbligatorio e l'obbligo di procedere con rito direttissimo.

Nei sette anni in cui è rimasto in vigore con il quadro sanzionatorio introdotto nel 2004, il delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14 co. 5 ter ha rappresentato uno dei titoli di reato in assoluto più ricorrenti davanti ai nostri giudici penali, al punto da interessare in molti distretti di Corte d'appello quasi la metà di tutti i processi che venivano celebrati con il rito direttissimo, e da risultare nelle statistiche nazionali il reato per cui venivano pronunciate annualmente più condanne dopo il furto.

Nello scorso decennio, quindi, la politica di contrasto all'immigrazione irregolare ha fatto della carcerazione di massa degli stranieri irregolari uno dei veri e propri capisaldi dell'apparato repressivo. Tale fenomeno, che per le sue dimensioni ha costituito un unicum nel panorama europeo, si è articolato intorno alla fattispecie delittuosa di inottemperanza all'ordine di allontanamento, che ha condotto in carcere migliaia di stranieri.

Sin dalle prime settimane successive alla riforma del 2004, la scelta del legislatore di inasprire in modo così vistoso il trattamento penale del migrante irregolare aveva in verità destato gravi perplessità in molti giudici penali, che in diverse occasioni avevano eccepito l'incostituzionalità del reato ai sensi degli artt. 3 e 27 co. 3 della Costituzione, in ragione proprio dell'asserita irragionevolezza della pena prevista.

Il ragionamento dei giudici a quibus era che l'art. 14 co. 5 ter TUI rappresentasse un'ipotesi speciale rispetto alla figura generale di inosservanza di un ordine dell'autorità tipizzata all'art. 650 c.p.: se tale disposizione configurava una contravvenzione punita con pena alternativa, non pareva ragionevole che la figura speciale arrivasse a integrare gli estremi di

un delitto punito con un massimo edittale che consentiva addirittura la custodia cautelare in carcere.

La giurisprudenza ordinaria (specie di merito) ha poi provato a restringere in via ermeneutica l'ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 14 co. 5 ter TUI, in particolare attraverso un'interpretazione estensiva della clausola del "senza giustificato motivo" presente nella struttura della fattispecie, che secondo alcune pronunce doveva ritenersi integrata ogniqualvolta l'imputato svolgesse un'attività lavorativa (ovviamente irregolare) essenziale per il sostentamento suo e della sua famiglia; orientamenti che peraltro non hanno mai trovato riscontro in sede di legittimità, ove un giustificato motivo per la permanenza irregolare veniva riconosciuto solo in situazioni ove fossero emersi elementi (come lo stato di totale impossidenza dello straniero, o la presenza di ostacoli giuridici al rimpatrio) che rendevano concretamente impossibile per lo straniero adempiere all'ordine di lasciare il territorio italiano.

La resistenza opposta da una parte non esigua della magistratura all'applicazione di una norma considerata ingiusta ed irragionevole non ha insomma impedito che centinaia di processi venissero celebrati ogni giorno nei tribunali di tutta la penisola per tale reato, e migliaia di stranieri venissero privati della libertà (in custodia cautelare o in esecuzione di una sentenza definitiva) per la sola ragione che non avevano ottemperato all'ingiunzione di lasciare il territorio dello Stato.

Il delitto di cui all'art. 14 co. 5 ter TUI, ben più della norma- manifesto introdotta nel 2009 all'art. 10 bis TUI (il cd. reato di clandestinità, che andremo ora ad analizzare), ha rappresentato il vero volto del diritto penale dell'immigrazione nel ventennio appena trascorso.

Dopo la svolta del 2002 e del 2004, il sistema sanzionatorio nei confronti dello straniero irregolare viene ulteriormente inasprito alla fine dello scorso decennio. Si assiste pertanto ad una vera e propria svolta nel sistema normativo in materia di immigrazione: la violazione

delle norme riguardanti l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, sanzionata fino ad un certo momento soltanto con lo strumento amministrativo dell'espulsione, viene elevata ad illecito penale.<sup>144</sup>

Nel 2009 viene varato un nuovo decreto il cd. Pacchetto sicurezza 2009, l. 15.7.2009, n.94, incentrato sulla questione del contrasto all'immigrazione clandestina.

La novità più importante è l'introduzione del cd. reato di clandestinità, applicabile allo straniero che faccia ingresso o si trattiene irregolarmente nel territorio dello Stato (art. 10 bis TUI, che configura peraltro una fattispecie contravvenzionale, punita con la sola sanzione pecuniaria dell'ammenda).

Il reato rappresenta nell'intendimento del legislatore l'ultimo passaggio per portare a compimento il percorso di criminalizzazione dello straniero irregolare, non punendosi più con la sanzione penale, ai sensi dell'art. 14 co. 5 ter TUI, soltanto lo straniero espulso che non adempia all'ordine di allontanarsi, ma configurandosi come reato già in prima battuta l'ingresso o la permanenza irregolari.

Il primo decennio del secolo si conclude, dunque, con il completamento dell'edificio sanzionatorio iniziato a costruire con la riforma del 2002: non solo lo straniero espulso che non ottemperi all'ordine di allontanamento viene punito con la pena della reclusione ai sensi dell'art. 14 co. 5 ter TUI, ma costituisce reato (anche se non è prevista la pena detentiva) già la mera irregolarità del soggiorno, sin dal momento dell'ingresso irregolare nel territorio italiano.

---

<sup>144</sup> L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.* XI, 4-2009,9 e ss.

#### § IV Il procedimento di cui agli artt. 20 bis e 20 ter del decreto legislativo n.274/2000

Con l'introduzione della legge n.94/2009, si è determinata la configurabilità di un rito dinanzi al giudice di pace per il reato oggetto di questo elaborato, successivamente modificato nel 2000 attraverso l'inserimento degli artt. 20 bis e 20 ter operato mediante il decreto legislativo n.274/2000.<sup>145</sup>

Partendo dal dato normativo, il primo articolo in questione ossia l'art. 20-bis. ha ad oggetto la presentazione immediata a giudizio dell'imputato in casi particolari.

Tale articolo si applica: per i reati procedibili d'ufficio, in caso di flagranza di reato ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace.

2. La richiesta di cui al comma 1, depositata presso la segreteria del pubblico ministero, contiene:

- a) le generalità dell'imputato e del suo difensore, ove nominato;
- b) l'indicazione delle persone offese dal reato;
- c) la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all'imputato, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati;
- d) l'indicazione delle fonti di prova a sostegno della richiesta, nonché le generalità dei testimoni e dei consulenti tecnici, con espressa indicazione delle circostanze su cui deve verte l'esame;

---

<sup>145</sup> DUDAN J. A., *Il nuovo reato di clandestinità e la disciplina processuale*, in *Ventiquattrore Avvocato Il Sole* 24 ore, n. 4 – Dicembre 2009 in [www.24oreavvocato.ilsole24ore.com](http://www.24oreavvocato.ilsole24ore.com), 60.

e) la richiesta di fissazione dell'udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio.

3. Salvo che ritenga di richiedere l'archiviazione, il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio dinanzi al giudice di pace e nominando un difensore d'ufficio all'imputato che ne è privo. Se non ritiene sussistere i presupposti per la presentazione immediata o se ritiene la richiesta manifestamente infondata ovvero presentata dinanzi ad un giudice di pace incompetente per territorio, il pubblico ministero provvede ai sensi dell'articolo 25, comma 2.

4. L'ufficiale giudiziario notifica senza ritardo all'imputato e al suo difensore copia della richiesta di cui al comma 2 e dell'autorizzazione del pubblico ministero contenente:

a) l'avviso all'imputato che se non compare sarà giudicato in contumacia;

b) l'avviso all'imputato che ha diritto di nominare un difensore di fiducia e che in mancanza sarà assistito da difensore di ufficio;<sup>146</sup>

c) l'avviso che il fascicolo relativo alle indagini è depositato presso la segreteria del pubblico ministero e che le parti e i loro difensori hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia.

5. Si applica l'articolo 20, comma 5.<sup>147</sup>

L'art. 20 ter, invece, ha ad oggetto la citazione contestuale dell'imputato in udienza in casi particolari.

---

<sup>146</sup> AMATO G., *Tre le opzioni in mano al Pm dopo la richiesta*, in *Guida al diritto*, 29 Agosto 2009, n. 34,43 ss., il quale osserva criticamente che «non ha senso l'indicazione alternativa, a fondamento del parere contrario, della insussistenza dei presupposti per la presentazione immediata e della manifesta infondatezza della richiesta....La manifesta infondatezza (che è nozione che è riferibile al "merito" dell'ipotesi di contestazione) legittima piuttosto tout court l'archiviazione del procedimento.

<sup>147</sup> Articolo inserito dall'articolo 1, comma 17, lettera b), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

1. Nei casi previsti dall'articolo 20-bis, comma 1, quando ricorrono gravi e comprovate ragioni di urgenza che non consentono di attendere la fissazione dell'udienza ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, ovvero se l'imputato si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria formula altresì richiesta di citazione contestuale per l'udienza.

2. Se ritiene sussistere i presupposti di cui al comma 1, il pubblico ministero rinvia l'imputato direttamente dinanzi al giudice di pace con citazione per l'udienza contestuale all'autorizzazione di cui all'articolo 20-bis, comma 3, primo periodo; altrimenti provvede ai sensi del comma 3, secondo periodo, del medesimo articolo.

3. Quando il pubblico ministero dispone la citazione ai sensi del comma 2, la polizia giudiziaria conduce l'imputato che si trova a qualsiasi titolo sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale direttamente dinanzi al giudice di pace per la trattazione del procedimento, salvo che egli espressamente rinunci a partecipare all'udienza. Se l'imputato non si trova sottoposto a misure di limitazione o privazione della libertà personale, la polizia giudiziaria notifica immediatamente allo stesso la richiesta di cui al comma 1 e il provvedimento del pubblico ministero. Copia della richiesta e del provvedimento del pubblico ministero sono altresì comunicati immediatamente al difensore.<sup>148</sup>

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.

---

<sup>148</sup>Articolo inserito dall'articolo 1, comma 17, lettera b), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1.

Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-bis, 20-ter e 32-bis del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato.

Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato.

Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere.

Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale.

Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso.

Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere»; b) all'articolo 16, comma 1, le parole: «né le cause ostative» sono sostituite dalle seguenti: «ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative».

Ed ancora, i successivi articoli prevedono: "art. 17. Al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 4, comma 2, dopo la lettera s) è aggiunta la seguente: «s-bis) articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto



legislativo 25 luglio 1998, n. 286»; b) dopo l'articolo 20 sono inseriti i seguenti: «Art. 20-bis.  
- (Presentazione immediata a giudizio dell'imputato in casi particolari).

Per i reati procedibili d'ufficio, in caso di flagranza di reato ovvero quando la prova è evidente, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a presentare immediatamente l'imputato a giudizio dinanzi al giudice di pace.

La richiesta di cui al comma 1, depositata presso la segreteria del pubblico ministero, contiene:

- a) le generalità dell'imputato e del suo difensore, ove nominato;
- b) l'indicazione delle persone offese dal reato;
- c) la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all'imputato, con l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati;
- d) l'indicazione delle fonti di prova a sostegno della richiesta, nonché le generalità dei testimoni e dei consulenti tecnici, con espressa indicazione delle circostanze su cui deve verte l'esame;
- e) la richiesta di fissazione dell'udienza per procedere nei confronti delle persone citate a giudizio.

Salvo che ritenga di richiedere l'archiviazione, il pubblico ministero autorizza la presentazione immediata nei quindici giorni successivi, indicando la data e l'ora del giudizio dinanzi al giudice di pace e nominando un difensore d'ufficio all'imputato che ne è privo.

Se non ritiene sussistere i presupposti per la presentazione immediata o se ritiene la richiesta manifestamente infondata ovvero presentata dinanzi ad un giudice di pace

incompetente per territorio, il pubblico ministero provvede ai sensi dell'articolo 25, comma 2.

L'ufficiale giudiziario notifica senza ritardo all'imputato e al suo difensore copia della richiesta di cui al comma 2 e dell'autorizzazione del pubblico ministero contenente:

- a) l'avviso all'imputato che se non compare sarà giudicato in contumacia;
- b) l'avviso all'imputato che ha diritto di nominare un difensore di fiducia e che in mancanza sarà assistito da difensore di ufficio;
- c) l'avviso che il fascicolo relativo alle indagini è depositato presso la segreteria del pubblico ministero e che le parti e i loro difensori hanno facoltà di prenderne visione e di estrarne copia.

## § V Conclusioni: il reato di immigrazione clandestina e le sfide del multiculturalismo

Il rapporto tra il fenomeno migratorio e società multiculturale presuppone la risoluzione del quesito se esista effettivamente la possibilità per gli stessi immigrati di integrarsi.

Ciò tenendo in considerazione che i soggetti interessati non sono presenti nel territorio italiano in maniera legale in quanto non hanno rispettato i requisiti previsti dalla legge.

Per poter risolvere tale problematica bisogna inizialmente comprendere come il fenomeno migratorio abbia natura sociale in quanto si connota per un movimento di gruppi di individui, all'interno dei quali sono presenti anche nuclei familiari, da una precisa area geografica ad un'altra.

Tale fenomeno non va relegato unicamente a tempi recenti in quanto è sempre stato presente nella storia dell'umanità.

Ciò che lo rende diverso dal passato è che sta diventando una questione sempre più rilevante nel panorama internazionale ed europeo in quanto determina delle conseguenze non solo sul piano sociale ma anche su quello economico e giuridico.

Infatti, l'ambito dell'immigrazione configura uno scenario di scontro che tiene conto delle diverse spinte che causano tale fenomeno in quanto bisogna prendere atto non solo delle conseguenze sociali ma anche delle restanti, prodotte effettivamente nel contesto in cui si determinano.<sup>149</sup>

A ciò si ricollega la tematica del multiculturalismo, che nel corso del tempo e a seguito della spiccata intensità assunta dal fenomeno migratorio, è diventata sempre più oggetto di dibattiti.

---

<sup>149</sup>L. AMBROSINI, *Utili invasori*, Franco Angeli, Milano, 1999,11

Si può certamente affermare che si è in presenza di un periodo di transizione e di trasformazione dove ci si chiede come tali culture provenienti da soggetti stranieri possano integrarsi e anche modificare quella del paese ospitante.

Secondo alcuni studiosi, un contesto multiculturale non si determina nel momento in cui si configura una condizione di tolleranza nei confronti di queste nuove culture, ma da come consente a questi stessi individui, di compiere scelte, fornendo opportunità concrete di istruzione e partecipazione alla società civile e al progresso politico ed economico della comunità di cui sono parte attiva.

Se si pensa al fatto che ciascun migrante, nell'attraversare la frontiera geografica ne attraversa un'altra, non meno impegnativa come quella costituita dalla barriera culturale del paese ospitante, allora si arriva alla conclusione che tali ostacoli non dovrebbero essere più considerati e soprattutto posti come tali per favorire il processo di integrazione all'interno del paese di riferimento.

Infatti, a risentirne è l'identità del migrante stesso, il quale si trova a doversi definire nuovamente in considerazione della cultura del paese nel quale si è diretto.<sup>150</sup>

Il contesto in cui oggi viviamo è connotato da un unico mondo regolato da una complessa serie di relazioni economiche, in cui tutto è interconnesso e frastagliato; un importante elemento è la permanente suddivisione del mondo in centro, semi-periferia e periferia (le aree che sono rimaste sino ad ora al di fuori della ricchezza del sistema mondiale, vi entrano in forma di periferia).

Questo rileva in quanto gli immigrati arrivano prevalentemente dalle aree periferiche per intraprendere un percorso di emancipazione sociale, accedendo al centro nella convinzione che la propria affermazione possa avvenire aderendo ai parametri del modello vincente.

---

<sup>150</sup> S. FLORIANI, *Identità di frontiera: migrazione, biografie, vita quotidiana*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2004, 13.

Di conseguenza, sarebbe riduttivo considerare gli immigrati come esponenti di una cultura; sarebbe più adeguato ritenerli come degli esponenti di un processo sociale volto ad ottenere l'emancipazione in quanto la spinta che muove la loro scelta di abbandonare il proprio paese è certamente quella di trovare una vita migliore rispetto a quella che troverebbero nel loro paese originario.

Nel processo di emancipazione appena accennato, i fattori che lo condizionano non sono solo la cultura ma anche la provenienza sociale, il livello d'istruzione, il tipo di occupazione, la politica di accoglienza sul territorio, il tipo di progetto migratorio", variabili troppo complesse per essere ricondotte ad una sola appartenenza.<sup>151</sup>

Le questioni attinenti al fenomeno migratorio non devono avere unicamente ad oggetto il migrante o le politiche sociali che sono finalizzate a contenerne l'incidente in quanto ad essere in ballo è la democrazia e il suo senso intrinseco di cittadinanza poiché ad essere coinvolti devono essere tutti gli attori della stessa.

Bisognerebbe orientarsi, dunque, verso una nuova coscienza sociale in grado di espandere questa consapevolezza per far prendere atto dei cambiamenti sociali che stanno avvenendo al fine di rendere più agevole l'individuazione di un programma politico che, comprendendo l'importanza della tematica, possa orientarla ai fini della democrazia.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> A. JABBAR, *Multiculturalismo: la cultura delle differenze*, in [www.infomedi.it](http://www.infomedi.it)

<sup>152</sup> R. BASTIDE, *Noi e gli altri. I luoghi di incontro e di separazione culturali e razziali*, Jaca Book, Milano, 1971, 14.

## **CAPITOLO QUARTO: LA DISCIPLINA PENALISTICA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE ALLA PROVA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE E COMUNITARIO.**

### **§ I Profili di costituzionalità.**

Il quarto ed ultimo capitolo prende le mosse dall'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa alle fattispecie penali in esame.

L'intervento della Consulta ha rappresentato una seconda oscillazione del pendolo della politica criminale del nostro Paese portando nuovamente al centro i principi essenziali del nostro ordinamento. Le due sentenze costituzionali, infatti, non sono di per sé particolarmente innovatrici, ponendosi piuttosto nel solco già tracciato dalla Consulta di una rigorosa difesa dei diritti umani.

E tuttavia, anticipando succintamente le conclusioni sono molti altri gli elementi che si possono ricavare da queste sentenze. In esse si staglia non solo la dicotomia diritti umani e esigenze di sicurezza interna, ma anche si può ben apprezzare una (corretta) staticità dell'approccio della magistratura costituzionale vera erede del pensiero penalistico incentrato sulla colpevolezza sviluppatasi nel dopoguerra in reazione agli eccessi positivisticis consumatisi sotto i fascismi verso il dinamismo dell'approccio del legislatore sempre teso ad inseguire il consenso elettorale a costo di imboccare sentieri pericolosi.

Si può constatare altresì nella contrapposizione quasi antitetica tra legislatore e Consulta il vero funzionamento di uno Stato costituzionale con un saldo custode della legalità fondamentale quale perno del funzionamento di una società moderna. Tutte le antitesi menzionate verranno esaminate nel proseguo del presente capitolo e riassunte nelle conclusioni per arrivare a dimostrare come le vicissitudini dell'aggravante di clandestinità e della contravvenzione di immigrazione illegale costituiscano dei veri e propri paradigmi per comprendere non solo la disciplina italiana dell'immigrazione, ma forse per tratteggiare il più ampio tema del rapporto persona istituzioni nell'epoca contemporanea.

Se il primo paragrafo del presente capitolo è dedicato alla comprensione della legalità che potremmo definire “interna” delle fattispecie criminali in esame il secondo paragrafo attraverso l’esame della sentenza *El Dridi* porterà l’attenzione del lettore sulla legalità “esterna” delle fattispecie in parola. Si possono individuare due livelli di analisi della sentenza *El Dridi* e della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea in esame: un primo, più evidente, secondo il quale la Corte europea non fa altro che constatare l’irrazionalità delle scelte di politica criminale del nostro legislatore, ma un secondo aspetto si staglia sullo sfondo ed è il diverso parametro di giudizio applicato dalle due corti, fondato sui principi generali dell’ordinamento penale nel caso della Consulta e su quello preminente della razionalità del sistema amministrativo nel caso della Corte europea.

Questo può essere senz’altro il punto di partenza per una più ampia riflessione non tanto sulle diverse sfere di competenza delle rispettive corti, un fatto che pure esiste, ma forse anche sulla diversa maturità dei due sistemi giuridici in esame.

Su questo e sugli altri aspetti sopra citati si tornerà nelle conclusioni dopo un’attenta esegesi delle sentenze della Consulta e della Corte di Giustizia europea.

### ***§ I.1 La sentenza 249 del 2010 della Corte Costituzionale***

L’innovazione legislativa analizzata relativa all’aggravante della clandestinità e del reato di immigrazione clandestina avrebbe reso necessaria sin dalla loro introduzione la necessità di una riflessione su un loro inquadramento costituzionalistico in quanto fattispecie di rilievo penale.

Tale inquadramento non è avvenuto in sede legislativa, in quanto, come abbiamo avuto modo di verificare nel paragrafo dedicato all’esame del dibattito parlamentare il legislatore si è dimostrato sordo ai richiami al rispetto della legalità costituzionale. La conseguenza è stata che si è arrivati ad una compiuta analisi della conformità dell’aggravante di

clandestinità solo mediante le numerose ordinanze che hanno sollevato la questione di incostituzionalità davanti alla Consulta.<sup>153</sup>

Il legislatore ha riconosciuto la soluzione del provvedimento di espulsione prevista dal d.lgs 286/1998<sup>154</sup> non fosse idonea a fronteggiare l'ampiezza del fenomeno migratorio.<sup>155</sup> In

---

<sup>153</sup> Sul punto si possono vedere le ordd. iscritte ai nn. 308, 324 e 411 del registro ordinanze 2008, rispettivamente dei Tribunali di Ferrara, Latina e Livorno, relativamente all'art. 61, n. 11-bis, c.p. («l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente sul territorio nazionale»: c.d. aggravante di immigrazione clandestina), introdotto dall'art. 1, lett. f), d.l. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, c.d. Decreto sicurezza, così come conv. in l. 125/2008). Tali questioni furono – com'è noto – dichiarate poi, prevalentemente alla luce dello *ius superveniens*, manifestamente inammissibili (cfr. Corte cost., ord. 277/2009, in Foro it., 2009, I, p. 3253). Ma nello stesso senso sono anche le ordd. n. 80, 103, 133, 134, 251 del 2009 da parte del Tribunale di Livorno, Tribunale ordinario di Agrigento, Tribunale ordinario di Trieste (con due ordinanze) e, ancora, del Tribunale ordinario di Agrigento, culminate – come supra – nell'ord. 66/2010 della Corte costituzionale. Nonché, inoltre, le ordd. 16 e 121 del reg. ord. 2010 del Tribunale di Livorno e del Tribunale di Ferrara, conclusesi con l'annullamento dell'aggravante nella sent. 249/2010 qui commentata. Vanno aggiunte, poi, le numerose ordd. del registro ordinanze 2009 e 2010, relativamente all'art. 10 bis del d. lgs. 286/1998 (c.d. reato di immigrazione clandestina), come introdotto dall'art. 1, c. 16, lett. a), l. 94/2009. Tali ultime ordinanze sono state scrutinate dalla Corte in diversi momenti nel corso del 2010 e del 2011 (cfr. sent. 250/2010, che ha “mandato assolto” il reato di clandestinità, e le ordd. 318, 320, 321, 329, 343; nonché la sent. 359 del 2010 sullo straniero che permane nel territorio dello Stato nonostante un provvedimento di espulsione e un ordine di allontanamento; v. inoltre, più recentemente, ordd. 3, 6 e 32 del 2011).

<sup>154</sup> Fin da subito sono emerse due incoerenze nel percorso intrapreso dal legislatore, particolarmente evidenti nello studio della fattispecie qui analizzata alla luce del sindacato di ragionevolezza (cfr. per una ricostruzione della normativa in tema di immigrazione emanata che ne sottolinea gli aspetti di criticità: M. MALENA, *L'incoerenza delle sanzioni penali per la permanenza illegale dello straniero: il monito della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); nonché: M. GAMBARDELLA, *I reati in materia di immigrazione dopo la legge BossiFini*, in *Giur. mer.*, 2004, 83 ss.; e, per una valutazione degli aspetti relativi all'allontanamento, v. A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. soc.*, 2009, nn. 3-4, 481 ss.; A. PUGIOTTO, *I meccanismi di allontanamento dello straniero tra politica del diritto e diritti violati*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, n. 1, 42 ss

<sup>155</sup> In effetti si inserisce in questa analisi, innanzitutto, il discorso sulla proficuità dell'intervento d'introduzione del reato di clandestinità, se non altro dopo che quest'ultimo è uscito illeso dalla pronuncia della Corte costituzionale (cfr. sul punto, dopo la sent. 250/2010 della Corte costituzionale, le riflessioni di V. ONIDA, *I dubbi non sciolti del reato di clandestinità*, in *Il Sole 24 ore*, 20 luglio 2010, 25; ma rilevante è anche qui il fatto che lo *ius superveniens* espressosi nelle ordd. 277/2009 e 66/2010 sia stato dovuto anche all'introduzione del reato di clandestinità).



particolare secondo l'indirizzo di politica criminale seguito dalla pubblica autorità un mero provvedimento amministrativo non aveva un apprezzabile effetto deterrente.

In ragione di tale nuovo approccio alla materia alla situazione delineata dal diritto amministrativo, se ne aggiungeva un altro configurato dall'azione penale in capo al pubblico ministero, laddove gli giungesse la notizia del reato di immigrazione clandestina o la possibilità di applicare l'aggravante in questione mediante la commissione di un qualsiasi<sup>156</sup> reato da un individuo immigrato irregolarmente nel territorio statale.

Iniziando ad approfondire l'aggravante della clandestinità, sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale della Corte mediante la sentenza n. 249/2010 pronunciata nei giudizi di costituzionalità promossi dal Tribunale di Livorno con ordinanza del 4 febbraio 2009 e dal Tribunale di Ferrara con ordinanza del 26 gennaio 2010, bisogna necessariamente approfondire l'argomentazione seguita dalla stessa Consulta in ordine al ragionamento svolto che ha portato a dichiararne l'incostituzionalità.

La Corte costituzionale ha respinto le richieste dell'avvocatura dello Stato che aveva sostenuto l'inammissibilità dei ricorsi e la loro infondatezza e aveva richiesto che in ogni caso la Corte si limitasse a dare un'interpretazione "costituzionalmente orientata" della fattispecie penale in esame.

---

<sup>156</sup> Salvo l'ipotesi contemplata dall'art. 61 c.p. infatti ove la presenza illegale sul territorio dello Stato dell'autore del fatto illecito, al momento della sua commissione, rappresentasse in sé elemento costitutivo del reato (come nel caso sopra indicato dell'art. 14, c. 5ter, d. lgs. 286/1998), l'aggravante – in virtù del ne bis in idem sostanziale – non avrebbe trovato applicazione, come testimonia la Corte dichiarando inammissibile (per mancanza di rilevanza) l'ordinanza di sollevamento del Tribunale di Livorno (Corte cost., sent. 249/2010, p. 3, cons. in dir.). Tale aspetto era peraltro già stato rilevato ex ante dalla dottrina più attenta in chiave penalistica (cfr. E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il Decreto sicurezza. D.l. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Torino, Giappichelli, 2008, 16; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA – F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92)*, Torino, Giappichelli, 2008, 13; G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, 88

La Corte, dopo aver dichiarato inammissibile l'ordinanza del tribunale di Livorno, si è concentrata sul contenuto dell'ordinanza di rimessione del tribunale di Ferrara che aveva lamentato la contrarietà dell'aggravante di immigrazione illegale con gli articoli 3 e 27 della Costituzione.

La Corte costituzionale ha seguito solo in parte l'ordinanza del giudice a quo elaborando un ragionamento autonomo fondato sugli articoli 3 e 25 della carta costituzionale.

La Corte in particolare non ha svolto un sindacato di manifesta irragionevolezza, ma al contrario ha sostenuto che *“la necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, e di constatare altresì l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza (sentenza n. 393 del 2006).”*

Il livello fissato dalla Corte si prospetta dunque elevato e questo approccio si giustifica in ragione dell'importanza dei principi lesi dalla fattispecie in parola.

Il principio di uguaglianza come interpretato dalla Corte Costituzionale ex art. 3 della Costituzione diviene quindi un perno alla luce del quale giudicare il diritto positivo.<sup>157</sup>

Altro principio che viene salvaguardato dalla Corte è il principio di colpevolezza che si basa su un elemento oggettivo e quindi non si concilierebbe con la discriminazione nei confronti del soggetto che per la sua qualifica di immigrato irregolare vedrebbe inflitto un trattamento sanzionatorio più aspro.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2008, 276

<sup>158</sup> Tale punto era eloquentemente sottolineato già nell'ordinanza del giudice ferrarese che si chiuse con il rinvio per ius superveniens nell'ord. 277/2009 della Corte costituzionale. Essa, pur non parlando mai di tesi del combinato disposto e di lettura unitaria dei due articoli costituzionali, li additava entrambi a parametri e ne illustrava la palese violazione da parte dell'irragionevole

Questo poiché l'aggravante si basa su un mero status di natura amministrativa ossia la condizione di irregolarità nella quale il soggetto determina la sua presenza all'interno del territorio nazionale.<sup>159</sup>

A mancare, dunque, sembrerebbe la *ratio* ispiratrice di tale intervento in quanto difetta di una forza argomentativa tale da non far evincere che lo scopo della stessa è la lotta all'immigrazione clandestina la quale è implicitamente pericolosa in quanto porta a configurare situazioni che nel concreto assumono un elevato grado di pericolosità.

A ciò si aggiunge che la normativa tocca solo gli extracomunitari, esentando il comunitario irregolare (v. art. 21, c. 4, d.lgs. 30/2007), anch'esso "colpevole" della violazione all'ingresso e soggiorno.<sup>160</sup>

Secondo quanto esposto, l'articolo costituzionale da tenere in considerazione è l'art. 25, c. 2, della Costituzione.

Secondo l'interpretazione della Corte Costituzionale si evidenzia che l'aggravante sposta il trattamento sanzionatorio non sul fatto ma sul soggetto in quanto lo stesso reato viene valutato diversamente a seconda che a commetterlo sia un extracomunitario irregolare ovvero un apolide o un qualsiasi altro soggetto.

Più specificamente la Corte sottolinea che *"In definitiva, la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza*

---

aggravante. La decisione della Corte costituzionale in subiecta materia sulle ordinanze sollevate dai giudici a quibus non era – com'è noto – risolutiva a favore dell'aggravante, come invece ingenuamente ritennero in un primo tempo i sostenitori della legge, non essendo il giudice delle leggi entrato nel merito della questione, ma essendosi fermato invero all'aspetto preliminare – di rito – dell'insussistenza della dimostrazione della "rilevanza" e della "non manifesta infondatezza" della questione e rinviandola, quindi, ai giudici a quibus.

<sup>159</sup> Infatti la "nozione" di clandestino è di matrice amministrativa e rilevante per la definizione della fattispecie qui analizzata dell'aggravante e del soggetto attivo del reato di clandestinità.

<sup>160</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. 249/2010, 5 cons. in dir

*del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento.*

*Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest’ultimo, che senz’altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.*

*La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore.”*

Per poter dare maggiore consistenza a tale argomentazione, si riporta l’orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui i comportamenti pregressi che non si identifichino come “fatti”, ma come mero status soggettivo (ubriachezza, possesso ingiustificato di valori e, quindi, clandestinità, ...) <sup>161</sup> possono permettere un trattamento diverso solo se garantiscono la soddisfazione di un interesse pubblico primario alla luce di

---

<sup>161</sup> In effetti la stessa Corte costituzionale, nella sent. 354/2002, aveva dato una “definizione” di responsabilità penale d’autore, sottolineando l’inammissibilità di trattamenti diversificati ovvero peggiorativi dello straniero, basandosi sulla sua condizione giuridica, cioè fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo una responsabilità penale d’autore «in aperta violazione del principio di offensività». Sul fatto che si trattasse di un’aggravante che si basava su aspetti soggettivi vi è anche, peraltro, il riferimento all’art. 70, n. 2, c.p. («... le condizioni e le qualità personali del colpevole») ed il diritto vivente; sul punto v. l’opinione della Corte di cassazione nella sent. 4406/2009 (che sottolinea come l’aggravante avesse «natura soggettiva», in quanto riguardante le «condizioni e le qualità personali del colpevole»), alla quale però non viene a mente di sollevare la questione alla Corte (cfr. Corte di cassazione, sez. III pen., 26 novembre 2009, n. 4406, cit.).

uno stretto vaglio di costituzionalità. Infatti, l'interesse della sicurezza pubblica, in tale contesto, non viene dimostrato.<sup>162</sup>

Continuando l'analisi sul piano giuridico ed inquadrata l'ottica secondo l'art.25, c. 2, Cost. ed aggiungendo la discriminazione fra i due soggetti, si vede se la ratio trova la sua realizzazione, costituzionalmente possibile, visto l'interesse primario della sicurezza pubblica, nell'effettiva lotta e diminuzione degli illeciti ovvero se essa non porta in ultima analisi all'obbiettivo prefissato, rivelandosi incostituzionale in quanto discriminatoria fra i soggetti (violazione dell'art. 3 Cost.), slegata dal fatto commesso (violazione dell'art. 25, c. 2, Cost.) e, dunque sproporzionata (violazione dell'art. 27 Cost.) rispetto al principio di colpevolezza per il fatto additato.

### **§ I.2 La Sentenza 250 del 2010 della Corte Costituzionale**

L'analisi della sentenza 250 del 2010 merita attenzione in quanto essa offre un punto di vista privilegiato per comprendere il ragionamento giuridico svolto dalla Corte Costituzionale in

---

<sup>162</sup> Cfr. Corte cost., sent. 249/2010,7 cons. in dir. In effetti la Corte non accoglie la tesi, di matrice giurisprudenziale, che si potesse – nel caso in cui l'aggravante si riferisse ad un reato non legato all'immigrazione – applicare la disciplina del reato complesso ex art. 81, c.p. (cfr. L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità, incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, cit.,40, che fa l'esempio dell'assorbimento del reato ex art. 10 bis d. lgs. 286/1998 nel caso di un furto aggravato ex art. 61, n. 11 bis, c.p.). Relativamente al diritto vivente v. ancora Cassazione, sent. 4406/2009, cit., che, lo si ricordi, aveva rilevato come l'aggravante si applicasse anche ai reati non collegati alla presenza illegale (v. sul tema il commento di A. NATALINI, *Aumento della pena e divieto di sospensione l'effetto di una norma che discrimina gli stranieri*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 9,81 ss.). In tal senso la valutazione "correttiva" della Corte ne dimostrava ancor di più il carattere discriminatorio, visto che essa toccava qualsiasi reato: dal furto di un motorino all'ingiuria verbale (cfr. A. NATALINI, *Aumento della pena e divieto di sospensione l'effetto di una norma che discrimina gli stranieri*, cit., 82 ; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., Torino, Utet, 2008, p. 447; G.L. GATTA, *Aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit.,722 che, a nt. 43, richiama anche i lavori parlamentari).

materia di immigrazione. In essa si può apprezzare come i giudici abbiano attentamente rispettato la discrezionalità del legislatore in materia di politica criminale. Se nella sentenza 249 del 2010 analizzata nel precedente paragrafo i giudici della Consulta hanno adottato un parametro assai esteso nel suo ambito di applicazione (non la manifesta irragionevolezza, ma un vaglio positivo di ragionevolezza), gli stessi giudici nella sentenza 250/2010 sono apparsi in qualche modo più remissivi.

L'accoglimento delle eccezioni relative all'art. 61 n. 11-bis c.p. (quasi scontato a fronte della vistosità del problema insito nella previsione già segnalata in modo pressante dagli studiosi, sorpresi e indignati di fronte a simile regresso della cultura civica e giuridica), offre infatti paradossalmente il destro per fondare il 'salvataggio' della nuova contravvenzione, pure drasticamente avversata da una corralità di limpide, univoche, voci scientifiche che la ritengono "dannosa".

Non sorprende, quindi che la Consulta, con la 'contigua' sentenza n. 250/2010, giunga a escludere la fondatezza di (e a dichiarare inammissibili) questioni di legittimità sollevate in ordine al reato previsto dall'art. 10-bis T.U.

Quasi fossero 'vasi comunicanti', la circostanza aggravante e la fattispecie contravvenzionale si compensano – e forse tristemente completano –, sì che la palese insostenibilità costituzionale della prima pare trovare più agio espressivo a fronte della ben più complessa – controversa, non pacifica – legittimità della seconda. Come in una sinistra aritmetica giuridica, il risultato – rispetto alla realtà empirica del fenomeno migratorio e alla vita dei migranti extracomunitari – non cambia, o cambia poco (e in peggio): il "trovarsi illegalmente nel territorio dello Stato", da circostanza soggetta pur sempre a bilanciamento ex art. 69 c.p., diventa fattispecie autonoma, dando origine a un concorso di reati laddove il soggetto in situazione di illegalità (rispetto all'ingresso/al soggiorno sul territorio), si renda colpevole anche di un altro illecito penale.

La contravvenzione di cui all'art. 10-bis T.U. non collide poi con l'art. 3 Cost. poiché, per il giudice delle leggi, essa non dipende da un giudizio (discriminatorio) di maggiore pericolosità del migrante, né sanziona una "condotta di vita" o dei "propositi" (leciti), bensì solo "l'inosservanza delle norme sull'ingresso e il soggiorno dello straniero".

Quanto all'art. 2 Cost., poi, la Corte osserva come sia connaturato alla disciplina dell'immigrazione il bilanciamento delle "ragioni della solidarietà umana" con altri interessi che lo Stato deve (poter) proteggere: bilanciamento che si esprime da un lato attraverso i difficili equilibri cercati dalla disciplina in tema di diritto di asilo, protezione internazionale, soccorso, ricongiungimento familiare, divieti di espulsione e respingimento, ecc.; dall'altro nella regolazione degli ingressi, materia in cui il legislatore si può muovere con un'"ampia discrezionalità", "il cui esercizio è sindacabile (...) solo nel caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli".

La Corte costituzionale insomma non ha inteso "mettersi di traverso" al marcato intento del legislatore di intraprendere la strada di un vasto ricorso alla sanzione penale, anche detentiva, nei confronti del migrante irregolare, limitandosi a censurare le norme palesemente irragionevoli. *"Le "decisioni gemelle" n. 249 e 250 del 2010, in cui nello stesso giorno viene dichiarata l'incostituzionalità dell'aggravante e la legittimità del reato di clandestinità, incarnano plasticamente l'orientamento compromissorio adottato dai giudici delle leggi. Nel bilanciamento tra l'interesse alla sicurezza pubblica evocato dal legislatore per giustificare il ricorso alla sanzione penale, e il diritto dello straniero irregolare a non essere destinatario di sanzioni sproporzionate rispetto al disvalore della propria condotta, la bilancia nel primo decennio del secolo pende decisamente a favore della pubblica sicurezza."*<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> LUCA MASERA, *Il Diritto Penale "Dei Nemici" - La Disciplina In Materia Di Immigrazione Irregolare*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.2, 1 Giugno 2020, pag. 804

### § I.3 Una valutazione complessiva

Il fenomeno dell'immigrazione, soprattutto negli ultimi decenni, è stato oggetto di un'attenzione particolare, evidente, come già sottolineato nei precedenti capitoli, attraverso l'introduzione di normative volte a disciplinarlo e fronteggiarlo soprattutto mediante l'influenza del contesto europeo.<sup>164</sup>

Le novità in ambito legislativo<sup>165</sup> sono state determinate dalle ll. nn. 189/2002 e 289/2002, dal d.l. n. 241/2004 (conv., con modif., dalla l. n. 271/2004), dal d.l. n. 92/2008 (conv., con modif., dalla l. n. 125/2008) e, da ultimo, dalla l. n. 94/2009.

---

<sup>164</sup>Per una sintetica ricostruzione dei più importanti "passaggi" della politica comunitaria in materia d'immigrazione fino ai più recenti sviluppi (cfr. in particolare, e più recentemente, la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante "Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare"), cfr. L. TRUCCO, *Il permesso di soggiorno nel quadro normativo e giurisprudenziale attuale*, in FCOSTANZO, S. MORDEGLIA, L. TRUCCO, *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Milano, 2008, 11 ss., spec. 14-16; ID., *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie*, nella rivista telematica *Federalismi.it* del 29 aprile 2009, D., *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie (atto II)*, nella rivista telematica *Teutas* del 21 maggio 2009

<sup>165</sup>I principali interventi modificativi apportati al "T.U. sull'immigrazione", al momento in cui si scrive, sono stati introdotti dai d.lgs. nn. 380/1998 e 113/1999; dal d.l. 4 aprile 2002, n. 51; dalle leggi nn. 189/2002 e 289/2002; dal d.lgs. n. 87/2003; dai d.l. 14 settembre 2004, n. 241 (conv., con modif., dalla l. 12 novembre 2004, n. 271) e 27 luglio 2005, n. 144 (conv., con modif., dalla l. 31 luglio 2005, n. 155); dai d.lgs. 8 gennaio 2007, nn. 3 e 5; dal d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (conv., con modif., dalla l. 6 aprile 2007, n. 46); dal d.lgs. 10 agosto 2007, n. 154 e, più recentemente, dal d.lgs. 9 gennaio 2008, n. 17 e dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv., con modif., dalla l. n. 125 del 2008), dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (conv., con modif., dalla l. 23 aprile 2009, n. 38). Ancora più recenti risultano, infine, la l. 15 luglio 2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"), la l. 30 giugno 2009, n. 85, sull'adesione al Trattato di Prüm e tre decreti legislativi, rispettivamente, sul ricongiungimento, sul riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato e sulla libera circolazione dei cittadini comunitari. Al proposito cfr., comunque, per un primo commento, L. TRUCCO, *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie*, cit., D., *Identificazione degli immigrati e nuove tecnologie (atto II)*, cit. Cfr. peraltro anche Corte cost., sent. 7 febbraio 2000, n. 31 (con osservazioni di RBIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni referendarie del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 222 ss.; M. CERASE, *Dal giudizio sull'ammissibilità del referendum a quello sulla sovranità di Stato*, ibidem, 228 ss.; G. BASCHERINI, *Referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi internazionali*, ibidem, 233 ss.)



I profili riguardanti il futuro devono necessariamente tenere in considerazione l'operato della giurisprudenza costituzionale che è intervenuta sul T.U. sull'immigrazione andando a valutare la scelta del legislatore sul trattamento sanzionatorio previsto nella disciplina dallo stesso introdotto in materia.

Premessa generale e fondamentale indicata dal giudice delle leggi è la considerazione in base alla quale la previsione, nel campo penale, di trattamenti diversificati e peggiorativi, i quali si fondano su qualità personali dei soggetti, determina una compressione delle libertà fondamentali della persona, la cui legittimità non può essere affermata "se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante" (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994), con la conseguenza che "la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza" (sentenza n. 393 del 2006).

Del resto, proprio in applicazione di tali principi, la Corte ha già in passato dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme che avevano costruito le fattispecie incriminatrici su presunzioni assolute di pericolosità, con l'effetto di istituire discriminazioni irragionevoli: così, ad esempio, la disposizione di cui all'art. 688 c.p., che puniva l'ubriachezza solo per coloro che avessero già riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità delle persone (sentenza n. 354 del 2002), e quella di cui all'art. 708 c.p. (Possesso

---

con cui è stata dichiarata l'inammissibilità di un referendum mirante ad abrogare l'intero T.U. sull'immigrazione, dal momento che in detta ipotesi sarebbe venuta meno, da un lato, la disciplina circa l'ingresso e il soggiorno degli stranieri e, dall'altro, si sarebbe determinata una lacuna per quanto concerne le sanzioni penali a carico di coloro che sfruttavano il fenomeno dell'immigrazione clandestina. Oltretutto in tal modo l'Italia si sarebbe resa inadempiente agli obblighi derivanti dagli artt. 2, 5, 6, 18, 23 e 27 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e quindi dal Trattato di Amsterdam, così violando anche l'art. 75 Cost., nella parte in cui prevede il divieto di *referendum* abrogativo sulle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e sulle altre disposizioni normative che producono effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività di tali leggi.

ingiustificato di valori), che determinava una discriminazione irragionevole nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura ed entità contro il patrimonio (sentenza n. 370 del 1996).

Pertanto, secondo i giudici della Consulta, “comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo speciale e differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini”.

Passando all’esame della previsione di cui all’art. 61, n. 11-bis, c.p., la Corte, negata la possibilità di considerare l’aggravante in esame causa effettiva di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle singole disposizioni incriminatrici, ritiene che l’aggravamento del trattamento sanzionatorio non può neppure essere giustificato dalla finalità di contrastare l’immigrazione illegale, “giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari.

Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall’azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce”.

A ciò si aggiunge il fatto che, a detta della Corte, con l’introduzione ad opera della legge n. 94 del 2009 della contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, di cui all’art. 10-bis, TUIM, si assiste ad una irragionevole moltiplicazione del trattamento sanzionatorio in relazione ad un’unica violazione delle disposizioni sull’ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato, determinandosi così un evidente conflitto con il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale.

Infatti, lo straniero extracomunitario “viene punito una prima volta all’atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica dei controlli dei flussi migratori”.

Ciò si pone, quindi, per la Corte, in evidente contrasto con il principio di eguaglianza, di cui all’art. 3 Cost., non potendosi, peraltro, evitare tale conflitto né sul piano normativo né su quello interpretativo.

Per quanto attiene, infatti, al piano normativo, se è vero che il sistema penale italiano prevede, al fine di evitare il verificarsi di bis in idem sostanziali, tecniche di considerazione unitaria delle condotte, sia nell’ipotesi in cui una circostanza aggravante comune rappresenti un elemento essenziale del reato o ne costituisca una circostanza aggravante speciale (art. 61, prima parte, c.p.), sia nel caso di reato complesso, che sussiste quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero per se stessi, reato (art. 84, comma 1, c.p.), tali disposizioni non sono, però, applicabili all’ipotesi in esame.

Infatti, afferma chiaramente la Corte, “l’ingresso e il soggiorno illegale sul territorio dello Stato non sono previsti dalla legge come elementi costitutivi della generalità dei reati, ma solo di quelli che attengono alla violazione delle norme in materia di immigrazione, di talché il reato comune commesso dallo straniero in condizione irregolare non potrebbe considerarsi complesso, e come tale capace di assorbire la violazione dell’art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998”.

Per quanto concerne, invece, il piano interpretativo, la formulazione testuale della disposizione di cui all’art. 61, n. 11-bis, c.p., non consente un’interpretazione conforme a Costituzione, in base alla quale l’aggravante in esame dovrebbe applicarsi soltanto nei casi

in cui la condotta criminosa sia stata agevolata dalla presenza illegale del reo sul territorio nazionale o il reato sia stato commesso per consentire l'ingresso o la permanenza illegale.<sup>166</sup>

In definitiva, secondo la Corte, sebbene il legislatore, per effetto di una scelta politica non sindacabile in sede di controllo di legittimità costituzionale, possa prevedere l'applicazione di una pena per la violazione delle norme sul controllo dei flussi migratori non può, però, in via automatica e preventiva, introdurre un giudizio di pericolosità del soggetto responsabile, che deve, invece, essere la conseguenza di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle concrete circostanze oggettive ed alle personali caratteristiche soggettive.

Pertanto, dichiara la Corte, con l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., "la qualità di immigrato irregolare (...) diventa uno "stigma", che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità.<sup>167</sup>

Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica "un tipo d'autore" assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento".

Pertanto, per i giudici della Consulta, da tutto ciò ne consegue, oltre alla violazione da parte dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., del principio di eguaglianza, ex art. 3 Cost, anche il contrasto con

---

<sup>166</sup> SAVIO G., *Il fascino indiscreto del reato d'immigrazione illegale*, in [www.nuvole.it](http://www.nuvole.it), secondo il quale «la funzione della giustizia penale (è) piegata a fini diversi da quelli consueti: non la tutela di beni di primario rilievo ed interesse pubblico, ma, al contrario, l'asservimento dello strumento penale in funzione sussidiaria rispetto all'azione amministrativa di polizia. Nel nome della sicurezza».

<sup>167</sup> DELLA BELLA A., *L'ultimo atto del "pacchetto sicurezza": le novità in materia penale*, 710. Critiche sul punto sono state sollevate anche dalla CAMERA PENALE DI MILANO, con comunicato del 26 maggio 2009 in [www.camerapenalemilano.it](http://www.camerapenalemilano.it) per la quale «l'introduzione della nuova contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello per la quale è immotivatamente vietata l'ammissione alla oblazione (art. 162 c.p.), appare del tutto inefficace per gli scopi perseguiti dal Governo, atteso che il predetto divieto elimina alla radice ogni pur minima possibilità che un soggetto, privo del titolo di soggiorno, decida di pagare l'ammenda non ricavandone alcun vantaggio sostanziale

il principio di offensività, di cui all'art. 25, comma 2, Cost, secondo il quale un soggetto può essere penalmente sanzionato soltanto per le condotte tenute e non per le sue qualità personali.

Sebbene, infatti, la qualità di immigrato irregolare derivi da un originario comportamento trasgressivo del soggetto, che viola le disposizioni sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato.

Tale condotta, a detta della Corte, non può ripercuotersi su tutti i comportamenti illeciti e successivi del soggetto, in assenza di qualsiasi legame con la trasgressione originaria.

La Corte, poi, ritiene del tutto incoerenti i richiami alle circostanze aggravanti relative allo stato di latitanza del reo (art. 61, numero 6, c.p.) ed alla recidiva (art. 99 c.p.), al fine di salvaguardare la legittimità costituzionale dell'aggravante, di cui all'art. 61, n.11-bis, c.p.

Per quanto attiene al soggetto latitante, e a differenza di quanto avviene nel caso dell'aggravante di c.d. clandestinità, esso si trova in una situazione determinata da un provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente e alla cui esecuzione il soggetto si sottrae con scelta deliberata.

In relazione alla recidiva poi, l'applicazione di tale circostanza è subordinata ad una sentenza definitiva di condanna per un delitto non colposo oltre che, secondo l'orientamento della prevalente giurisprudenza, all'accertamento in concreto, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale.<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> CALLAIOLI A., *Fenomeno migratorio e salvaguardia della sicurezza della persona: il crepuscolo dei diritti umani*, 26 giugno 2008 in <http://nelmerito.com>, il quale esclude, in assenza di una norma esplicita, la possibilità di un'interpretazione estensiva della causa di giustificazione; sembra invece ammettere l'applicabilità della scriminante umanitaria.

La disposizione di cui all'art. 61, comma 11-bis, c.p., è stata oggetto di molteplici ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale per il suo possibile contrasto con la Carta Costituzionale.

Andando più nello specifico, è stato sostenuto come essa violi l'art. 3 della Costituzione ed i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità, come desumibili dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al sistema penalistico dell'istituto delle aggravanti.

I più gravi dubbi di legittimità sul punto attengono ai profili di generalità ed automaticità, propri delle aggravanti comuni, ma collegati ad una qualità personale del colpevole, quale è la condizione di migrante irregolare.

Mentre infatti l'applicazione di altre circostanze aggravanti soggettive comuni, come quelle di cui all'art. 61, n. 9 e 11, c.p., non discende automaticamente dalla condizione o qualità personale dell'agente ma dalla verifica in concreto che quella condizione abbia effettivamente aggravato la condotta, al contrario, l'applicazione della circostanza di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., discende automaticamente dalla condizione dell'agente.

Anche nell'ipotesi della recidiva prevista dall'art. 70, ultimo comma, c.p., l'applicazione della circostanza discende automaticamente dalla condizione dell'agente ma con la fondamentale differenza di presupporre la condanna dell'agente per una condotta autonomamente illecita sul piano penalistico.

Peraltro, in tale ultimo caso l'applicazione automatica si giustifica in ragione del particolare disvalore attribuito dall'ordinamento a chi abbia commesso altri illeciti penali accertati dal giudice, senza contare che, secondo l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale (sent. n.192 del 2007) e dalla Cassazione (sentenza n.2606 del 2008), la disciplina della recidiva, per essere conforme a Costituzione, esclude qualsiasi automatismo ed impone sempre una valutazione discrezionale del caso e della persona in esame, con la possibilità di evitare

l'applicazione dell'aggravamento sanzionatorio allorché la maggiore pericolosità non sia ravvisata in concreto.<sup>169</sup>

Anche in raffronto alla previsione di altre circostanze aggravanti fondate sulla condizione o qualità personale del colpevole, come quella di cui all'art. 61, n. 6, c.p., risulta in maniera evidente il differente ed irragionevole regime disciplinatorio rispetto all'ipotesi di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p., laddove nel primo caso l'aggravamento di pena si giustifica, a differenza del secondo, in base ad un provvedimento del giudice che abbia accertato la pericolosità del soggetto.

Secondo i giudici remittenti della questione di legittimità costituzionale la disciplina di cui all'art. 61, n.11-bis, c.p., risulta pertanto eccentrica rispetto al sistema ed irragionevole ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, in quanto non consente al giudice alcuna valutazione in concreto della connessione tra la qualità di straniero illegittimamente presente nello Stato e la condotta criminale per la quale viene giudicato.

Inoltre, la previsione dell'aggravante ex art. 61, n.11-bis, c.p., sembra porsi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione sotto il profilo del divieto di discriminazioni soggettive, essendo fondato l'aggravamento sanzionatorio unicamente sulla presunzione assoluta della maggiore capacità a delinquere dello straniero extracomunitario e dell'apolide per il solo fatto di trovarsi irregolarmente nel territorio dello Stato.

Pertanto, come evidenziato dalle molteplici ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., non soltanto manca nella disciplina in

---

<sup>169</sup> Corte Cost. n. 148/2008, Cfr. anche Coste Cost., n. 206/2006 e 361/2007. Secondo BONETTI P., *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, cit., avrebbe pertanto attinenza richiamare le sentenze nn. 22/2007 e n. 87/2007 della Corte costituzionale in tema di misure alternative alla detenzione, in quanto al di fuori dell'area dei diritti fondamentali, dall'art. 10, co. 2 Cost. si deve desumere, «da un lato, che, per quanto concerne l'ingresso e la circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), la situazione dello straniero non è uguale a quella dei cittadini; dall'altro, che il legislatore, nelle sue scelte, incontra anzitutto i limiti derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute ed eventualmente dei Trattati internazionali applicabili ai singoli casi».

esame “una proporzionalità tra fini (esigenza statutale di controllo dei flussi migratori ed irrigidimento punitivo nei confronti di soggetti presenti illegalmente nello Stato) e mezzi (aggravamento della pena per fatti estranei alla presenza illegale) ma più ancora il rispetto del principio di uguaglianza inteso come trattamento di situazioni analoghe in maniera analoga.

In questo caso analizzato, l’aumento di pena è applicato all’agente per la sola circostanza di essere di cittadinanza extracomunitaria o apolide presente illegalmente nello Stato, quindi automaticamente in forza di un mero status personale, ponendosi in tal modo in netta frizione con il principio, cui è ispirato il nostro sistema penale, che fonda la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale e non su una valutazione aprioristica di elevata di pericolosità.<sup>170</sup>

Tale status che determina la clandestinità dello straniero pare, infatti, essere del tutto sconnessa dal concreto contenuto offensivo del reato base, finendosi col punire non tanto la irregolarità in sé quanto una qualità personale del soggetto, non potendosi ritenere che la

---

<sup>170</sup> Giudice di pace di Torino, ordinanza 6 ottobre 2009, cit. Secondo il remittente in particolare «il reato ... può ... venir contestato a chi sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato, ovvero si sia ivi trattenuto in violazione delle norme del testo unico o del richiamato art. 1, legge n. 68/2007 prevedendo di fatto situazioni relative a soggetti di ben diversa pericolosità sociale. Un conto è infatti la situazione di colui che entrato clandestinamente in Italia, vi rimanga vivendo magari di attività criminosa, altra è quella di colui che, sia pur entrato irregolarmente o trattenendosi senza permessi, si sia integrato, per quanto gli sia consentito, comportandosi onestamente ed altra infine è poi quella di colui che, entrato legittimamente, si sia trattenuto magari per motivi contingenti come potrebbe accadere a chi essendo entrato in Italia per un soggiorno di breve durata poi non sia ripartito nel giorno previsto per la scadenza del termine stabilito nel suo visto di ingresso per cause sopravvenute che non sempre potrebbero venir considerate alla stregua della forza maggiore come l'aver perso l'aereo o non aver ricevuto tempestivamente dai parenti all'estero i soldi necessari per il biglietto. Si tratta quindi di situazioni che possono spaziare da un comportamento cosciente di compiere un'azione commissiva ad un'azione omissiva magari condizionata che vengono sottoposti allo stesso trattamento sanzionatorio e tanto si ritiene violare l'art. 3 della Costituzione come principio di uguaglianza dinanzi alla legge sento il profilo dell'uguale trattamento di situazioni di fatto diverse. E che lo stesso legislatore si sia reso conto della diversità delle situazioni che si possono avere nella pratica si può dedurre dal fatto che con la legge n. 102/2009 entrata in vigore il 5 agosto 2009 e dunque dopo la promulgazione della legge n. 94/2009, abbia previsto un regime di eccezione per gli stranieri soggiornanti in modo irregolare che risultassero svolgere il lavoro di assistenza a terzi e fossero disponibili all'emersione, prevedendo, che per loro soltanto, non si procedesse penalmente nelle more della procedura amministrativa di sanatoria, che, concludendosi positivamente con il rilascio del permesso di soggiorno, farebbe venir meno la condizione penalmente rilevante sanzionabile della irregolare presenza in Italia».



condizione di immigrato irregolare sia di per sé sufficiente a determinare una maggiore dannosità del fatto, a meno di ricadere nell'accoglimento della concezione etico-sociale del "tipo normativo d'autore", rifiutata dal nostro ordinamento costituzionale e penale.

Inoltre, la circostanza aggravante di c.d. clandestinità sembra porsi in contrasto con l'art. 27 della Costituzione sotto il profilo del principio della personalità della responsabilità penale in quanto, con l'aggravante in esame, viene rimproverato all'agente non un'attitudine delinquenziale ma una qualità personale, con la conseguenza di punire più gravemente un tipo d'autore rappresentato dallo straniero irregolare.

A ciò si aggiunge il fatto che, non essendo consentito al giudice l'accertamento in concreto della pericolosità dell'agente, viene anche meno l'uguaglianza di fronte alla pena da intendersi come proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono, in contrasto con la necessità di un trattamento sanzionatorio volto ad individualizzare le pene inflitte al fine di evitare che la funzione aggravante della pena possa soddisfare solo le esigenze generali di prevenzione e di difesa sociale.

Di notevole importanza è una pronuncia del 2010 ossia la n. 359 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quater, del d.lgs. 286/1998, testo unico in materia di immigrazione (di seguito indicato TUI), nella parte in cui non esclude, qualora ricorra un «giustificato motivo», la punibilità dello straniero che, già destinatario di un provvedimento di espulsione e di un ordine di allontanamento a norma dei precedenti commi 5-ter e 5-bis, continui a permanere nel territorio dello Stato, incorrendo quindi nella massima pena di 5 anni (in confronto ai quattro previsti dal comma precedente).

Altra misura del "Pacchetto sicurezza" dichiarata incostituzionale concerne la richiesta di regolare permesso di soggiorno per contrarre matrimonio.

Con la sentenza n. 245/2011, la Corte costituzionale ha sottolineato il bisogno che le norme che disciplinano l'ingresso e soggiorno sul territorio siano «il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione, specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, tra i quali certamente rientra quello di contrarre matrimonio».

È proprio alla luce degli interventi giurisprudenziali che si può comprendere l'importanza del ruolo non solo del legislatore nel recepire le esigenze sociali, ma soprattutto quello dei giuristi nell'interpretare le norme per evitare che si determinino contrasti con i principi costituzionali del nostro ordinamento.

**§ II Il rapporto tra diritto nazionale e direttive comunitarie. La sentenza *El Dridi* della Corte di Giustizia Europea e il suo recepimento da parte della Corte di Cassazione italiana.**

.....  
Una certa attenzione va posta allo stesso tempo all'influenza del diritto comunitario. Particolarmente rilevante è stata l'introduzione della direttiva rimpatri.

La direttiva 2008/115/CE – detta anche “direttiva rimpatri” – disciplina le norme e le procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Il testo finale è stato adottato in prima lettura dal Parlamento europeo il 18 giugno 2008 e poi definitivamente approvato dal Consiglio il 16 dicembre dello stesso anno.

La direttiva ha suscitato numerose critiche, perché, malgrado il rispetto dei diritti umani sia sancito in diversi passaggi della direttiva, questo non si traduce in disposizioni chiare, precise e concordanti. Resta da dire che la direttiva in parola è pregevole nel suo

pragmatismo, in quanto in primo luogo introduce un minimo comun denominatore nelle diverse legislazioni nazionali a livello europeo (che verranno esaminate nel prossimo paragrafo a livello comparativo). A questo punto conviene anticipare che l'approccio di criminalizzazione del fenomeno migratorio è stato seguito anche dai legislatori nazionali di altri paesi e che, in questo senso, la visione pragmatica codificata nella direttiva europea, appare, nel complesso più corretta.

L'idea del legislatore europeo può essere riassunta osservando che secondo l'impostazione adottata da quest'ultimo è irrazionale prevedere pene di reclusione per gli stranieri presenti clandestinamente sul territorio nazionale, in quanto l'implicazione di questa legislazione è quello – indesiderabile- di prolungare il soggiorno sul territorio dell'Unione di persone che dovrebbero essere allontanate.

Con la decisione El Dridi (Grande Sezione, sent. 28.08.2011, El Dridi, caso C-61/11), la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile con gli obiettivi della Direttiva Rimpatri l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare, per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di allontanamento, permanga nel territorio di uno Stato membro senza giustificato motivo.

La pena detentiva in effetti, in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, conduce al risultato di ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio, così compromettendo la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla Direttiva, ovvero l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare (sent. El Dridi, par. 59).

Inoltre, la successione delle fasi della procedura di rimpatrio stabilita dalla Direttiva risponde all'esigenza di assicurare una gradazione delle misure che uno Stato può adottare

per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio: dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato – la concessione di un termine per la sua partenza volontaria – alla misura che maggiormente limita la sua libertà – il trattenimento in un apposito centro. In tale successione, il ricorso alla misura più restrittiva, il trattenimento, è strettamente regolamentato, allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini stranieri interessati (sent. El Dridi, par. 41-42). Al contrario, l'applicazione della pena della reclusione allo straniero irregolare che non ottemperi all'ordine di allontanamento si pone in netto contrasto con tale esigenza di rispetto dei diritti fondamentali, dal momento che la pena detentiva comporta un sacrificio della libertà personale ben maggiore rispetto al trattenimento, unica forma di privazione della libertà consentita dalla Direttiva (1).

Nella sentenza El Dridi – che ad oggi rimane il punto di partenza di ogni riflessione in materia di criminalizzazione dell'immigrazione irregolare – la Corte ha dunque fondato la propria valutazione su di un duplice profilo: da una parte, l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione, con la conseguente valorizzazione del c.d. principio dell'effetto utile, dall'altra parte, la salvaguardia dei diritti fondamentali dei singoli.

La Corte di cassazione, I sezione penale, con la sentenza n. 22120/16 depositata il 26 maggio 2016 ha fatto il punto sugli effetti della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso El Dridi e ha chiarito che la sostanziale valutazione di incompatibilità della norma incriminatrice interna con la disciplina Ue produce effetti simili alla *abolitio criminis*.

Questa decisione ha significato l'immediata scarcerazione per migliaia di stranieri detenuti.

## *§ II.1 Profili comparativi con le politiche degli altri Stati europei in risposta al fenomeno dell'immigrazione*

Una delle tematiche maggiormente difficili da gestire è rappresentata dalle politiche che si occupano di gestire e programmare i flussi migratori all'interno degli Stati membri dell'Unione europea.

Alla luce dell'emergenza immigrazione avvenuta in tempi recenti, si sono rese sempre più urgenti delle misure volte a determinare una cooperazione tra gli Stati europei.<sup>171</sup>

La competenza di tale tematica rientra tra quelle della sovranità statale.

Poiché i paesi membri non sembrano disposti ad accettare limitazioni su questo punto, secondo alcuni Stati l'esistenza di un sistema di quote a livello nazionale rappresenta un punto non negoziabile di equilibrio di tutto il sistema della immigrazione legale e una sorta di riserva di competenza della sovranità.<sup>172</sup>

Tale tematica rappresenta un argomento molto delicato nell'ambito politico anche se, l'argomentazione che gli Stati intendono governare il fenomeno dell'ammissione dei cittadini degli Stati terzi per motivi di lavoro, perché meglio posizionati per valutare le esigenze del mercato del lavoro nazionale, non appare sempre convincente.

Tale tipo di considerazione non sembra essere consistente se si tiene in considerazione il forte aumento dell'immigrazione illegale e le diffuse pratiche delle regolarizzazioni in alcuni Stati membri.

---

<sup>171</sup> MAMMARELLA G. e CACACE P., *Sicurezza, Terrorismo e Immigrazione in Europa unita. Storia, Istituzioni e Prospettiva*, Firenze, 2003,19 ss.

<sup>172</sup> LICATA D., *I flussi d'ingresso di nuovi immigrati: i visti mae per il 2002.*, in *Affari sociali internazionali* n.4, 2004 109 e ss.

Di conseguenza, le politiche adottate da ciascun Paese determinano delle ripercussioni anche sugli altri Paesi in quanto hanno ad oggetto una materia oggettivamente sottoposta ad una certa dinamicità.

Per tale ragione l'Unione europea deve essere capace di gestire i flussi migratori attuali, favorire l'integrazione dei migranti presenti nel proprio territorio e prepararsi per l'immigrazione futura in modo responsabile ed efficiente.<sup>173</sup>

Tale obiettivo può essere raggiunto unicamente con una cooperazione tra gli Stati membri e non concentrandosi su un piano nazionale.

Un ulteriore elemento che può agevolare l'individuazione del programma di gestione dei flussi è lo studio delle statistiche riguardanti l'origine di tali migrazioni.

Infatti, questo fenomeno va valutato tenendo conto del ruolo che l'immigrazione stessa potrebbe avere anche riguardo alla crescita della popolazione.<sup>174</sup>

L'agenzia Eurostat comunica che i flussi migratori rappresentano un fattore fondamentale nel contesto dello sviluppo della popolazione in quanto, venendo a mancare la stessa, molti Stati subirebbero una diminuzione demografica in vista del ruolo che l'immigrazione ha in questo settore.

Tenendo conto che l'Unione europea ha una popolazione di circa 20 milioni di persone, l'Eurostat comunica che solo nel 2004 ben 1.847.000 cittadini di Paese terzo sono entrati nel territorio comunitario e, se si considera che nel 2007 l'Unione europea a 27 Stati membri

---

<sup>173</sup> CLEMENTI F., *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in BASSANINI F. e TIBERI G., *La Costituzione Europea. Un primo commento*, Bologna, 2004,103.

<sup>174</sup> LICATA D., *I flussi d'ingresso di nuovi immigrati: i visti mae per il 2002*, in *Affari sociali internazionali* n.4, 2004,109 e ss.

conta più di 490.000.000 persone, i cittadini di Paese terzo costituiscono più del 4% della popolazione presente nell'Unione.<sup>175</sup>

La possibilità di gestire il fenomeno migratorio a livello europeo risulta difficoltosa anche tenendo in considerazione le diversità presenti a livello nazionale sulle politiche che ciascuno Stato adopera in vista degli interessi presenti a livello interno.

Questo si deve al fatto che i flussi migratori presentano caratteristiche diverse a seconda dello Stato in cui si determinano poiché, come già ricordato, tale materia rientra nelle competenze statali.

Tra queste categorie si distinguono i flussi determinati secondo ragioni di lavoro e, in tale ambito, le considerazioni che ciascuno Stato compie sono di natura economica e politica in vista delle esigenze che ogni Paese ha nel mercato del lavoro.

Un'altra tipologia di flusso è quella espressamente disciplinata dalla normativa nazionale la quale ammette l'immigrazione nei casi di ricongiungimento familiare o nei casi di accoglienza e rispetto degli obblighi scaturenti dal contesto internazionale come l'asilo.

Una terza categoria di flusso, che rappresenta certamente quello più problematico è quello illegale che gli Stati tentano di fronteggiare attraverso un'attività di cooperazione e mediante i controlli alle frontiere, predisponendo, principalmente a livello amministrativo, delle sanzioni per gli individui che si introducono in maniera illegale nel territorio statale.<sup>176</sup>

Ciò che aumenta la porzione di tale categoria è il mancato rispetto dei termini del permesso di soggiorno in quanto gli individui che inizialmente ne sono provvisti finiscono per

---

<sup>175</sup> Per una completa visione dei dati statistici si rimanda al confronto con i dati presenti sul sito internet dell'Eurostat, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>, in particolare dei documenti KS-CD-06-001-01-EN eurostat e KS-EH-06-001-EN eurostat.

<sup>176</sup> IANNACONE F., *Il settore dell'immigrazione nell'Unione europea: evoluzione della sua portata e dei procedimenti decisionali.*, in [www.immigrazione.it](http://www.immigrazione.it) – n.12, Rivista professionale di scienze giuridiche e sociali, 15 novembre 2005.

prolungare la loro permanenza nel territorio statale oltre il termine consentito da tale titolo valido.

Alla luce di queste categorie, si può notare come ogni Stato debba determinare la propria politica tenendo conto della sua capacità di accoglienza in vista delle diverse ragioni che spingono un individuo a migrare verso un altro Stato.

Questa sorta di esposizione può a sua volta determinarsi secondo vari elementi.

Tra questi, l'elemento primario è quello geografico ossia la vicinanza di uno Stato a quei paesi da cui deriva un maggior numero di immigrati.

In questo contesto, quindi, hanno importanza tutte quelle componenti geografiche che possono facilitare la scelta del Paese verso cui indirizzarsi, prima tra tutte la distanza e la possibilità di raggiungere il nuovo Stato via mare in quanto è il modo più frequente e meno controllato attraverso cui l'immigrazione avviene.<sup>177</sup>

La posizione geografica dello stato non è l'unico fattore in quanto a determinare la complessità dei flussi migratori sono anche altri condizionamenti.

Tra questi emerge l'elemento socio-demografico ossia la presenza sul territorio nazionale di città che hanno già accolto una determinata tipologia di immigrati e verso cui tali individui decidono di indirizzarsi per tale ragione.

Questo elemento, dunque, rappresenta un elemento attrattivo per gli immigrati poiché possono raggiungere il nuovo Stato mediante tecniche legalmente previste come i ricongiungimenti familiari o matrimoni contratti nei Paesi di origine, sia clandestini,

---

<sup>177</sup> LANG A., *La politica comunitaria in materia di immigrazione.*, in M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, 2° edizione Giuffrè Milano, 2006,249.



attraverso sostegno e ospitalità o impiego offerto a immigrati clandestini, sia irregolari con la permanenza irregolare oltre il periodo di soggiorno autorizzato.<sup>178</sup>

Secondo questo ultimo criterio, ci sono alcuni paesi europei che hanno affrontato il fenomeno migratorio da più tempo ossia la Francia e la Germania, dove risiedono comunità straniere e di origine straniera più consistenti rispetto a quei Paesi di immigrazione recente, come Italia e Spagna.

Ad avere un ruolo determinante nel fenomeno migratorio sono i fattori economici.

Questi si determinano tenendo in considerazione la natura del mercato del lavoro di ciascun paese tra cui ulteriori criteri come l'estensione del lavoro sommerso nel mercato nazionale del lavoro, le caratteristiche dell'offerta del lavoro compreso il grado di accettazione di lavori poco qualificati o saltuari e il rapporto tra il livello di flessibilità della manodopera richiesto dalle imprese e quello consentito dalla legislazione nazionale.

In ultimo, va rilevato come i criteri facenti parte dell'ambito giuridico-amministrativo sono idonei a ricomprendere le caratteristiche dei sistemi di controllo alle frontiere esterne e di lotta all'immigrazione irregolare e clandestina di ciascuno Stato membro dell'Unione europea.

In tale ambito, quindi, sono comprese le regole di ciascun Paese in materia di ingresso e soggiorno legale o per motivi familiari, le regole relative all'ammissione dei richiedenti asilo o dei richiedenti della qualifica di rifugiato, ed anche le caratteristiche dei sistemi di welfare di ciascuno Stato membro.

Alla luce di tali considerazioni si evince come la difficoltà di inquadrare i diversi flussi migratori vada orientata secondo l'insieme delle specificità nazionali dei singoli Stati membri consentono di comprendere meglio le possibili divergenze tra gli obiettivi di

---

<sup>178</sup> NASCIMBENE B., *Schengen e processo di integrazione europea*, in [www.immigrazione.it](http://www.immigrazione.it) – n.14, Rivista professionale di scienze giuridiche e sociali, 15 dicembre 2009

politica migratoria dei diversi Stati membri che si ripercuotono inevitabilmente anche sulle scelte delle istituzioni comunitarie e soprattutto del Consiglio dell'Unione ormai composto da 27 Stati.

Nella Comunicazione della Commissione del 2002 sull'integrazione della politica sulle migrazioni nelle relazioni con i Paesi terzi<sup>179</sup> si evince come la base fondante di tale documento sia l'analisi delle cause che spingono determinati individui ad emigrare e che le stesse cambino a seconda del contesto storico e del Paese preso in considerazione.

Tra gli elementi che condizionano il fenomeno migratorio, la Commissione identifica: la crescita economica modesta o negativa associata ad una ripartizione poco equa del reddito, sovrappopolazione e alto tasso di crescita demografica, alti tassi di disoccupazione, forti pressioni sull'ambiente rurale e urbano, conflitti armati e pulizia etnica, violazioni dei diritti umani, discriminazioni e persecuzioni, calamità naturali, degrado ecologico e malgoverno.<sup>180</sup>

A ciò si aggiunge come viene individuata una possibile politica in comune che possa fronteggiare il fenomeno migratorio nei Paesi da cui derivano gli immigrati, poiché «la riduzione della povertà e la creazione di posti di lavoro riducono la spinta alla emigrazione di sopravvivenza. Analogamente, quando la pace e lo sviluppo subentrano ai conflitti e alle lotte, l'emigrazione forzata cessa, e queste persone tornano nelle zone di origine».

---

<sup>179</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'integrazione della politica sulle migrazioni nelle relazioni con i paesi terzi COM(2002) 703, in Bollettino UE 12-2002.

<sup>180</sup> MARCHISIO, *Rifugiati, profughi e altre esigenze di protezione nel diritto comunitario* In LEANZA U., *Le migrazioni internazionali. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno*, Editoriale scientifica - Napoli 2005,391.

Nella Comunicazione del 2004 denominata "Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale"<sup>181</sup>, la Commissione effettua una ricerca sul rapporto esistente tra flussi migratori legali e clandestini, con riferimento anche agli accordi di cooperazione con i Paesi terzi.

Infatti, in tale documento, si evince come "esiste un legame tra la migrazione legale e illegale, ma questa relazione è complessa e certamente non di tipo diretto poiché occorre prendere in esame numerosi fattori diversi. In ogni caso, l'attuazione di dette misure deve essere basata sul rafforzamento dello scambio di informazioni, della consultazione e della cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea».

Con il Programma dell'Aia<sup>182</sup>, vengono individuati dei punti fondamentali e allo stesso tempo si sottolinea che la decisione relativa al numero di migranti di Paesi terzi che possono essere ammessi nei singoli Stati membri, allo scopo di cercare un lavoro dipendente o indipendente, resta di competenza delle autorità nazionali, la Commissione propone di «definire un'impostazione equilibrata della gestione dei flussi migratori, elaborando una politica comune d'immigrazione che affronti la situazione degli immigrati legali a livello dell'Unione, potenziando al tempo stesso l'azione di contrasto dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani, soprattutto delle donne e dei bambini».

Per raggiungere tale finalità, ciò che si chiede è «un investimento serio nelle relazioni con i Paesi terzi, di origine non meno che di transito, in particolare attraverso strategie di assistenza e di cooperazione, nell'interesse reciproco dei Paesi terzi e dell'Unione».

---

<sup>181</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni intitolata "Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale" COM(2004) 412, in Bollettino UE 6-2004.

<sup>182</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia COM (2005) 184, in Bulletin EU 5-2005

In ultima analisi, in una Comunicazione della Commissione del 2006 avente ad oggetto un approccio complessivo in materia di migrazione <sup>183</sup>, si sostiene che «la gestione dei flussi migratori in un mondo globalizzato lancia sfide crescenti e mutevoli cui l'Unione europea è chiamata a fornire una risposta globale».

*«Una proposta di quote comunitarie di lavoratori era stata avanzata dal Governo italiano durante il semestre di presidenza del Consiglio europeo (luglio-dicembre 2003), suscitando, tuttavia, critiche da parte di alcuni governi e, di fatto, la discussione fu rinviata».*<sup>184</sup>

In ultima analisi si può sostenere come il potere che ciascuno Stato ha nelle materie di propria competenza e la collaborazione tra gli Stati membri, sono due elementi che devono necessariamente entrare in contatto per confrontarsi su questo tema alla ricerca di soluzioni comuni perché regole di ammissione, soggiorno, allontanamento degli stranieri, o regole sui flussi migratori rappresentano fenomeni internazionali che vanno oltre le competenze e le possibilità degli Stati.

---

<sup>183</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione COM (2006) 735, in Bulletin EU 11-2006

<sup>184</sup>BERTINI S., La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone: i rapporti con i Paesi terzi, in BONVINCI, TOSA relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza, Torino, 2003, 183 e ss.

## VERSO UN NUOVO BILANCIAMENTO D'INTERESSI

Alla luce del lavoro svolto e delle considerazioni effettuate nell'ambito di nostro interesse, va necessariamente sottolineata l'attualità di tali situazioni.

Infatti, nonostante le intervenute decisioni della Corte Costituzionale in ordine all'aggravante in esame, le problematiche sulla condizione giuridica e sulle sue implicazioni in ambito penale continuano ad essere fortemente avvertite.

La tematica appena analizzata, infatti, come è stato ampiamente sottolineato nel corso di tutto il lavoro, coinvolge non solo il piano giuridico ma anche quello politico, sociale e culturale.

Per tale ragione, il fenomeno dell'immigrazione andrebbe studiato con tutte le implicazioni che lo stesso comporta, ciò al fine di avere un quadro unitario di una vicenda che sebbene sia unica non può essere guardata da un solo punto di vista.

Il vero traguardo che un paese democratico deve raggiungere, alla luce del suo inserimento in un ordinamento europeo ed internazionale di cui condivide i principi, è l'individuazione di un sistema realmente idoneo non solo a fronteggiare le problematiche derivanti dai flussi migratori, ma soprattutto capace di prevenire le difficili situazioni che tale fenomeno implica.

Infatti, proprio alla luce di questa considerazione, si potrebbe iniziare a pensare all'immigrazione non come una materia da inserire unicamente nell'ambito della pubblica sicurezza ma come una risorsa capace di essere sfruttata come un contributo di cui la nostra società può avvalersi.

In quest'ottica, inoltre, il dibattito sulla possibilità di inserimento di tali soggetti, in vista della multiculturalità di cui il nostro contesto si connota, assume degli aspetti volti

all'integrazione effettiva dei soggetti che decidono, in maniera legale, di soggiornare e permanere nel nostro territorio.

Solo attraverso la predisposizione di strumenti validi ad includere, e non ad escludere gli immigrati, si potrà determinare tale situazione.

## CONCLUSIONE

Siamo giunti alle conclusioni del presente elaborato ed è quindi opportuno riassumere e giustapporre i vari aspetti toccati dalla tesi.

Nell'introduzione si era detto che la disciplina dell'immigrazione avrebbe funto da paradigma per comprendere alcune delle profonde evoluzioni del nostro sistema normativo.

Questa scelta è ben giustificata se si considera, come peraltro risulta dal dibattito parlamentare, che poche tematiche sono state in tempi recenti così dibattute e così divisive quanto la tematica della disciplina da adottarsi per regolare il fenomeno migratorio.

Questa tesi, pur essendo intitolata, "il reato di clandestinità" non è limitata ad un'esegesi dei vari testi normativi, ma ha inteso esaminarlo ponendolo al centro di tutte le tensioni a cui il dato normativo è stato sottoposto.

Tra le forze metagiuridiche individuate la più importante è certamente il fenomeno storico nella sua complessità, con i cambiamenti sociali e demografici scaturenti dalla mutazione dell'Italia da Paese di emigrazione a meta di immigrazione.

L'altra grande forza pre-giuridica è invece rappresentata dall'opinione pubblica, complessivamente preoccupata dai problemi di pubblica sicurezza legati ai fenomeni migratori.

Le norme prodotte dal nostro legislatore dimostrano (ad esempio nell'introduzione della disciplina delle quote) una certa consapevolezza dell'importanza di disciplinare e regolamentare il fenomeno migratorio in modo razionale al fine di accompagnare l'evoluzione sociale e demografica dell'Italia e non di limitarsi ad una difesa statica delle frontiere.

Altre disposizioni di legge, nel complesso, tutte quelle che impiegano la risposta penale per sanzionare l'inosservanza della disciplina normativa amministrativa regolante la materia dell'immigrazione che individuano come colpevole l'immigrato ci paiono invece il risultato

dell'esigenza di fornire una risposta semplice all'opinione pubblica ad un problema complesso, evitando purtroppo di dare una sistemazione compiutamente razionale e sistemica.

Se da un lato l'istituzione del reato di favoreggiamento di immigrazione clandestina e di altre disposizioni di legge paiono un terreno appropriato per l'intervento del legislatore penale, in quanto la repressione del fenomeno delle varie forme del traffico di essere umani rappresenta un'iniziativa atta a tutelare allo stesso tempo i diritti fondamentali dell'essere umano e contestualmente le esigenze di sicurezza dello stato, la criminalizzazione di determinate condotte dell'immigrato irregolare non appare convincente.

In verità, dall'esame del dibattito parlamentare, si comprende bene che è lo stesso legislatore a non nutrire eccessive illusioni. La politica ha parlato di "moniti", ma nessun esponente politico ha sostenuto apertamente che l'introduzione del cd. reato di clandestinità e dell'aggravante di clandestinità potessero costituire una risposta organica e soddisfacente al problema dell'eccessivo afflusso di immigrati, specie economici.

Non sorprende dunque che il risultato dell'introduzione delle fattispecie penali menzionate al paragrafo precedente sia stata soprattutto quella di accrescere la pressione sui tribunali e sulle carceri senza che si sia potuto apprezzare statisticamente qualche risultato veramente importante nel campo della sicurezza.

Passando ora al rapporto tra diverse branche dell'ordinamento, una delle tematiche che necessariamente innerva la presente tesi, è stato possibile osservare il funzionamento dello stato costituzionale con la fluidità che caratterizza il dato normativo penale contrapposta alla solidità di quello costituzionale che la Consulta ha impiegato per rimediare agli eccessi del legislatore. In prospettiva, oltre ai commenti più strettamente legati alla censura di single norme, si staglia bene la dicotomia tra un diritto costituzionale saldamente ancorato all'idea di un diritto penale di libertà il quale si è evoluto a partire da una riflessione dottrinale attenta a marcare una distanza netta rispetto



agli eccessi positivistici propri del diritto degli stati che avevano subito un'involuzione totalitaria e un diritto penale contemporaneo dove le suddette considerazioni dottrinali non trovano spazio.

Il legislatore non è quindi riuscito a realizzare quell'equo contemperamento di interessi che sarebbe chiamato a realizzare in sede parlamentare. Le ripetute pronunce di incostituzionalità ne sono la prova.

Sarebbe tuttavia ingiusto senza concludere con qualche nota positiva: in una comunicazione della Commissione Europea del 2006 avente ad oggetto proprio l'idea di spingere gli Stati membri a sviluppare un approccio generale e organico alla materia dell'immigrazione si era correttamente osservato che “la gestione dei flussi migratori in un mondo globalizzato lancia sfide crescenti e mutevoli cui l'Unione europea è chiamata a fornire una risposta globale”.<sup>185</sup>

Proprio il legislatore italiano aveva anticipato l'idea di un approccio globale nel 2003. Un autore ha osservato “una proposta di quote comunitarie di lavoratori era stata avanzata dal Governo Italiano durante il semestre di presidenza del Consiglio europeo (luglio-dicembre 2003), suscitando tuttavia, critiche da parte di alcuni governi e, di fatto, la discussione fu rinviata”.<sup>186</sup>

In questo senso, considerata anche la tensione manifestatasi tra il diritto nazionale e quello europeo, una risposta meditata a livello dell'Unione ci pare l'unica ipotesi in grado di condurre ad un modello veramente razionale e pragmatico di regolamentazione della materia.

---

<sup>185</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al parlamento europeo, L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione COM (2006), in Bulletin EU-11 2006.

<sup>186</sup> BERTINI, S, La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone : i rapporti con i Paesi Terzi, in BONVICI, TOSA, relazioni internazionali dell'Unione Europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza, Torino, 2003, p. 183 ss;